

LES CADRES QUASI-INDEPENDANTS

« Du contrat de travail au contrat d'activité dépendante »

Thèse pour le doctorat de l'Université d'Auvergne

Mention DROIT

Présentée et soutenue publiquement

Le 27 décembre 2005

Par

Anne-Claire ALIBERT

Jury

Monsieur Paul-Henri ANTONMATTEI

Professeur à l'Université de MONTPELLIER, Président et Rapporteur

Monsieur Jacques BARTHELEMY

Ancien Professeur Associé à l'Université de MONTPELLIER

Madame Christine-NEAU-LEDUC

Professeur à l'Université de MONTPELLIER, Rapporteur

Monsieur Michel MORAND

Professeur Associé à l'Université d'Auvergne, Directeur de recherches

Je n'aurais jamais eu le courage de continuer seul ce travail,
Sans la confiance de Michel MORAND et de Jacques BARTHELEMY,
et sans le soutien indispensable de mon père, dans une telle entreprise.
Qu'il me soit permis de leur témoigner ma profonde reconnaissance.

A Romain, ma mère, mon frère, pour leur patience.

A mes proches qui ont fait le chemin avec moi.

LES CADRES QUASI-INDEPENDANTS : DU CONTRAT DE TRAVAIL AU CONTRAT D'ACTIVITE DEPENDANTE

A défaut de définition légale du cadre, la notion est fonctionnelle et s'applique à des modes de fonctionnement, allant du salariat traditionnel au quasi-entrepreneuriat. Aujourd'hui, les cadres exerçant un pouvoir de commandement s'effacent devant les cadres experts mettant en œuvre une compétence technique.

Leur mode de fonctionnement professionnel est de moins en moins en adéquation avec le droit du travail : le contrat de travail classique devient incongru pour le cadre quasi – indépendant qui dispose d'autonomie, s'affranchit du lien de subordination et participe au pouvoir de direction.

Face à l'inadaptation du droit et à son impuissance, il est nécessaire de construire un régime juridique pour ces « cadres quasi-indépendants », hors du droit du travail. Malgré un expansionnisme manifeste du droit du travail, se dessine une cohabitation entre salariat et non salariat. L'instauration d'un droit de l'activité, susceptible de regrouper un corps de règles d'application générale, dépassant le clivage traditionnel entre activités salariées et non salariées peut apporter des éléments de réponse aux « cadres quasi-indépendants », désireux de sortir de la protection traditionnelle inadaptée du droit du travail.

Aussi plutôt que de « forcer » le cadre traditionnel du droit du travail en multipliant les exceptions et statuts dérogatoires pour protéger des pseudos salariés, il semble préférable de faciliter le passage du contrat de travail au contrat d'entreprise, en l'aménageant en cas de « dépendance économique » pour en faire un contrat d'activité sécurisé (cf parasubordination).

TRADUCTION

The management and professional employee population which is rapidly expanding has been classified in 3 categories by the Aubry 2 law. The first of these three categories covers management/professional employees who have retained a traditional work profile. The second and third categories cover employees enjoying more autonomy and senior managers, both of the latter are far removed from the traditional manufacturing environment due to their self sufficiency and technical know-how. Our centre of interest is focused on these” virtually independent” employees. Their professional behaviour bears less and less relationship to current labour law, the traditional contract of employment is disconnected from the professional environment of today’s manager who is independent, autonomous and takes part in senior management responsibilities.

Faced with the inadequacy of current labour law it is necessary to develop a new legal approach for these “independent” managers / professional employees. In spite of the unrelenting expansion of labour legislation a form of “cohabitation” between wage earners and self employed is developing. The emergence of activity based labour legislation bringing together basic generic regulations and overcoming the customary split between salary earners and free lance activities may be a suitable approach for the new “independent” management and professional categories wishing to move away from the standard form of welfare protection written into labour law. Therefore rather than “forcing” traditional labour legislation by multiplying exceptions and opt outs to protect pseudo wage earners it seems preferable to encourage a move away from the contract of employment approach towards a company contract which could, as required, be adapted to employees who are subordinated to an employer and thus need the protection of a standard contract of employment.

INTRODUCTION

1. Il peut sembler surprenant, dans une réflexion conçue autour du Droit du travail, que l'on songe, dès l'annonce du titre, à s'éloigner du contrat de travail pour aller vers d'autres formes contractuelles, empruntées au Droit civil ou au Droit commercial. D'aucuns, partisans d'une démarche iconoclaste, constateraient, à l'appui de cette remise en cause, que le Droit du travail n'existe que depuis moins de deux siècles, et qu'il est donc loisible d'imaginer sa disparition prochaine, en même temps que celle d'une organisation économique et sociale, appelée elle-même à s'effacer. En effet, la recomposition du monde, la disparition du bloc soviétique et le remplacement d'un affrontement bi-polaire, entre est-ouest, par des clivages diversifiés, d'origine religieuse, démographique, ou ethnique, ont eu raison du concept de la lutte des classes, qui a servi de support philosophique durant plus d'un siècle, au développement du droit du travail. L'on pourrait donc concevoir de sortir d'une relation réduite à l'affrontement salariat-patronat, pour s'engager dans des analyses et des constructions juridiques plus complexes. Notre propos n'est pas, à l'évidence, d'opérer une telle remise en cause du Droit du travail ; cependant, tous les auteurs travaillistes constatent que la jurisprudence, qu'elle soit d'origine française ou communautaire, s'appuie, de plus en plus, sur les droits fondamentaux de l'individu¹ ou les grands principes du Code civil², n'hésitant pas à sortir, assez largement, du domaine strict du Code du travail.

2. Il n'est donc pas nécessairement incongru d'envisager un schéma juridique s'écartant d'un modèle aussi caractérisé et spécifique, que celui du contrat de travail, dès lors que l'on s'intéresse à certaines catégories de cadres, après s'être remémoré les origines du contrat de travail.

L'existence d'un contrat, qui présuppose la rencontre de volontés, valablement exprimées par des sujets de droit disposant d'une capacité juridique reconnue, est, tout d'abord, indissociable de la liberté de contracter et de la capacité de le faire ; or, pendant de nombreux siècles, la condition juridique des travailleurs n'a pas été celle d'hommes ou de femmes libres – que ce soit aux temps de l'esclavage ou du servage - . De même, avec le carcan imposé aux membres des corporations, dans l'Ancien Régime, il n'était pas, non plus, envisageable de négocier

¹ L'article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales est devenu une référence récurrente par les juges.

librement sa force de travail³, il faudra, ainsi, attendre la Révolution, et le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, pour que soit rendue possible l'aliénation contractuelle de la force de travail : « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon* ». Peu de temps après, la Loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 venait interdire les groupements professionnels, ouvrant définitivement la voie à une organisation contractuelle des relations de travail.

Néanmoins, dans une société rurale, qui voyait d'un assez mauvais œil le prolétariat urbain⁴, le contrat de louage de services retenait assez peu l'attention du législateur⁵ et les rares interventions de ce dernier s'exerçaient toujours au bénéfice des maîtres⁶.

3. Ce n'est qu'à la fin de la première moitié du XIX^{ème} siècle que va se dessiner, véritablement, l'esquisse d'un Droit du travail, au sens contemporain de Droit protecteur du salarié, avec la loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants, faisant suite au rapport présenté par le Docteur VILLERME, en 1840, à l'Académie des Sciences morales et politiques sous le titre « *Tableau physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures*⁷ ». Le monde du Droit a, désormais, pris conscience de la nécessité d'inscrire la relation de travail, hors du droit commun de la liberté contractuelle.

Par la suite, le Droit du travail va se développer, durant la Révolution Industrielle, puis, tout au long du XX^{ème} siècle, autour de l'idée-force qu'il convient de protéger le salarié, en situation de faiblesse et d'infériorité, contre l'arbitraire patronal, soupçonné d'user et d'abuser de sa puissance économique. Cette volonté de rétablir, grâce à un régime juridique spécifique, un équilibre entre deux parties aussi dissemblables, a conduit le législateur, dans un premier temps, puis le juge, dans un second temps, à multiplier les interventions, pour corriger, au profit des salariés, les effets pernicioeux engendrés par le simple jeu des lois du marché. Les dispositifs, ainsi mis en place, s'adressent à une « classe ouvrière », considérée dans sa globalité, intégrant indistinctement les ouvriers, les employés, les contremaîtres, les agents de maîtrise, les ingénieurs, ou les cadres. Or, cette dernière catégorie, créée, entre les deux guerres mondiales, afin de faciliter, au sein d'un modèle économique imprégné par la doctrine

² L'article 9 ou l'article 1134 du Code civil ont, eux, aussi, les faveurs de la chambre Sociale.

³ Voir T. REVET, « La force de travail », Thèse, Montpellier, Litec, 1992

⁴ VOLTAIRE, lui-même, évoquait « la canaille », lorsqu'il parlait du monde ouvrier.

⁵ Dans le Code civil de 1804, l'on ne trouve que deux articles consacrés au contrat de louage de services : l'article 1780 du Code civil interdit le louage de services perpétuels et l'article 1781 donne force probante à la parole du maître, en cas de contestation sur le paiement ou la quotité des gages...

⁶ La loi du 22 germinal-an XI sanctionnait les coalitions entre salariés et imposait le livret ouvrier, à remettre impérativement au patron pendant toute la durée de l'emploi. Les trafiquants de main d'œuvre immigrée qui « confisquent », aujourd'hui, les passeports n'ont rien inventé.

⁷ Sur les origines du Droit du travail, cf G. COUTURIER, « Droit du travail, relations individuelles », Collection Droit Fondamental, P.U.F.

tayloriste, les liaisons fonctionnelles entre le patronat et les travailleurs, s'est, peu à peu, individualisée au sein de la population salariée, pour représenter une élite sociale privilégiée. Durant les vingt années qui ont suivi la Libération, cette élite, constituée à la fois de salariés sortis du rang et de diplômés de l'enseignement secondaire ou supérieur, a bénéficié d'avantages matériels et d'une reconnaissance sociale qui lui ont fait accepter, sans protester, un rôle, souvent ingrat, d'exécutant des ordres patronaux, assorti de journées de travail longues et chargées, ainsi que d'un contrôle hiérarchique parfois pesant.

4. Avec la fin des années soixante, le monde de l'entreprise, ainsi hiérarchisé de manière verticale et pyramidale, a, cependant, connu une remise en cause radicale, au même titre que la famille, l'école, ou le pouvoir politique. Le modèle de l'autorité, mis en œuvre pendant les décennies précédentes, et contesté en mai 1968, a définitivement disparu et le pouvoir de l'employeur a cessé d'être discrétionnaire, pour devenir fonctionnel. Désormais, au même titre que l'enfant, l'étudiant, ou le citoyen, le travailleur aspire à développer sa personnalité et n'hésite pas à critiquer, à contester, à revendiquer une large marge d'autonomie, et ce d'autant que son niveau moyen de formation et d'information s'élève.

5. Le cadre, coincé entre dirigeants et salariés, subit, en première ligne, ces mutations et les tensions qui en résultent, avec, souvent, une perte de reconnaissance sociale. Le mode de fonctionnement des entreprises, qui a pris le contre-pied du modèle taylorien, demande, de moins en moins des chefs, mais de plus en plus des responsables, des coordinateurs, des spécialistes. Parallèlement, l'évolution des techniques de communication et la mondialisation de l'économie accentuent le phénomène de concurrence, rendant incontournables les exigences de qualité et de rapidité imposées par la clientèle : plus spécialisés, plus nombreux, directement confrontés aux lois du marché, les cadres, au sein des entreprises, ne ressemblent plus à leurs aînés.

6. Cette population des cadres représente, désormais, une part croissante des effectifs des entreprises. Passés d'environ, deux cent quatre vingt mille en 1950, à un million au début des années 1970, et à plus de deux millions dans les années 1990⁸, les cadres forment aujourd'hui, un groupe hétérogène de près de six millions de salariés, soit près de trente pour cent de la population active et, dans certaines entreprises liées à la « nouvelle économie », ils représentent plus de la moitié des salariés⁹.

⁸ J. P. JUES, « Les cadres en France », PUF, coll. Que sais-je ? 1999

⁹ Voir O. RIVOAL, « Les cadres en entreprises. Dialectique de la diversité et de l'unité des cadres dans l'entreprise », Thèse Rennes, juillet 2004

7. Être cadre ne correspond plus, souvent, à une fonction, mais bien davantage à un statut¹⁰ : certains cadres n'encadrent plus personne, et, leur mode de fonctionnement et de rémunération, leurs relations avec l'entreprise, mais aussi avec les clients, les placent à cent lieues du salariat traditionnel, dans un état que l'on peut qualifier de quasi-indépendance.

Il est difficile de cerner avec précision le pourcentage des cadres quasi-indépendants au sein de cette population ; néanmoins, dans nos économies évoluées, qui sont contraintes de remplacer, chaque jour davantage, des productions basiques de biens matériels par des prestations immatérielles, à forte valeur ajoutée, le développement des cadres-experts et quasi-indépendants est appelé à se poursuivre.

8. Qu'ils soient managers de grandes sociétés, footballeurs professionnels, avocats réputés, vendeurs émérites, ou chercheurs et créateurs de renom, ces salariés ont-ils quelque chose de commun, avec l'ouvrier traditionnel, dont le mode de fonctionnement a conditionné l'élaboration de notre Droit du travail tel que nous venons de l'évoquer ? Ces cadres, que l'on dénommera « quasi-indépendants », qui échappent assez largement au lien classique de la subordination salariée, grâce à leurs hautes qualifications techniques, ne se rapprochent-ils pas davantage de certains actifs non-salariés, considérés juridiquement comme des chefs d'entreprises, parfaitement autonomes et exposés à tous les risques ?

9. Ce constat, d'une perte d'homogénéité de la notion de cadre, avec les interrogations qu'elle suscite, a été réaffirmé, dans un travail récent : *« Concrètement, aucune définition d'ensemble, aucune définition de la notion de cadre n'a été envisagée. Serait-ce à dire que la catégorie des cadres n'existe pas ou n'existe plus ; qu'il convient aujourd'hui ... d'opposer dans l'entreprise les cadres dirigeants proches des dirigeants sociaux et les autres cadres plus proches certainement des salariés de l'entreprise que de ses dirigeants ? »*¹¹

10. Si l'on souhaite rechercher des éléments de réponse, face à ce questionnement, il est indispensable, en dépit des incertitudes évoquées, et de l'ampleur donnée en France à la qualification de cadre¹², de sérier la notion, dont le contenu n'a cessé d'évoluer.

A l'origine, le législateur français a ignoré la notion (section 1), mais peu à peu, devant son essor, il a été conduit à s'y intéresser, de façon ponctuelle, principalement lors de la réduction

¹⁰ Cf D. CHANAL, « Les cadres, contribution à l'étude des contradictions et de la pertinence d'un statut en droit du travail », Thèse, Lyon, 1995

¹¹ O. RIVOAL, op.cité

¹² Voir, L. BOLTANSKI, « Les cadres, la formation d'un groupe social », Editions de minuit, 1982

La définition sociologique n'a pas été définitivement posée et l'auteur note dans la conclusion de son étude, intitulée « La cohésion d'un ensemble flou » : *« A aucun moment on n'a rencontré de rassemblement pratique, d'agrégat tacitement réuni autour de propriétés communes et d'un intérêt objectif commun. Tout de suite la question de l'appartenance se pose. Elle ne va jamais de soi. Dès l'origine, ou presque, on définit et on exclut, on désagrège et on agrège, on limite et on assimile, on ferme et on ouvre. »*

de la durée du temps de travail (section 2). La construction législative, en Droit interne, demeurant, cependant, très fragmentaire, il importe de consulter les droits étrangers (section 3).

Section 1 : L'imprécision d'une notion longtemps occultée par la loi

11. Etymologiquement, le terme de cadre vient du vocabulaire militaire et il est associé à la notion de commandement, au sein d'un modèle structuré d'organisation. L'origine du terme de « cadre », issu de l'art militaire et transposé au secteur de l'entreprise montre clairement le rôle de l'organisation dans la justification de la place des cadres. Le cadre constitue un rouage déterminant dans une organisation, relativement complexe et pyramidale, supposant la présence, à un niveau inférieur, de personnels subalternes.

L'ancrage de la définition, dans un contexte historique donné, a dans un premier temps contribué à la cohérence de la notion de cadre, ignoré de la loi (I), mais avec la diversification de l'entreprise et les nouvelles composantes, issues de structures typiquement privées et moins hiérarchisées, son contenu s'est révélé moins adapté ; c'est alors la jurisprudence qui a affiné ses contours (II).

I. L'apparition de la notion en dehors de la loi

L'origine de l'apparition du cadre est marquée par l'Histoire (A) ainsi que par les sources conventionnelles (B).

A- Les origines

Un retour aux sources est utile, à l'aube du XX^{ème} siècle (1) pour s'attarder ensuite aux arrêtés Croizat-Parodi (2) et finir sur la Convention Collective Nationale de Retraite et de prévoyance (3).

1) L'historique

12. Au XX^{ème} siècle, avec l'apparition de la deuxième Révolution Industrielle, deux économistes ont développé des doctrines d'organisation de l'entreprise à caractère

complémentaire. Le premier, F. TAYLOR¹³ s'est avant tout attaché à la tâche à accomplir, alors que le second, H. FAYOL¹⁴ s'est intéressé aux hommes responsables.

13. Au sein des doctrines d'organisation, celle de H. FORD¹⁵ occupe une place particulière puisqu'elle critique les schémas qui étaient mis en place, ce qui a une incidence directe sur la fonction et l'existence des cadres dans l'entreprise. En effet, partisan d'une spécialisation très poussée de ses ouvriers et d'une politique de hauts salaires, il était hostile à toute forme d'organisation. Il avait donc centralisé à outrance l'autorité en réduisant la hiérarchie au minimum : entre lui et l'ouvrier, il y avait, dès lors, très peu d'intermédiaires et de services annexes.

L'histoire de FORD constitue, sans aucun doute, l'un des meilleurs exemples de la nécessité d'une organisation axée sur les cadres, pour assurer le bon fonctionnement d'une entreprise. Elle permet, aussi, de mesurer l'incidence de l'organisation comme facteur d'apparition des cadres.

14. Au fur et à mesure de l'évolution économique et sociale, les doctrines d'organisation ont mis en lumière la nécessité de recourir à des structures mieux adaptées aux nouvelles dimensions et aux nouveaux besoins des entreprises.

Trois types d'évolutions de l'entreprise privée ont, nous semble-t-il, contribué à accroître la distance entre la définition classique du cadre et la réalité : le développement des activités de service, la complexification des structures juridiques et matérielles, et l'apparition des nouvelles technologies de communication ont bouleversé les méthodes de travail ainsi que les repères traditionnels.

En raison de cette diversification de l'activité privée, et du schéma classique d'organisation qui avait permis une transposition en l'état de la notion, empruntée au monde militaire, le cadre a cessé de constituer un modèle standard.

L'apparition de nouveaux emplois et de nouvelles fonctions au sein de l'entreprise, l'existence quasi exclusive de hauts niveaux de qualifications dans certains secteurs, la gestion « en réseau » dans les groupes de taille importante ont rendu inadaptée la notion

¹³ F. TAYLOR, 1856-1915, ingénieur et économiste américain, préconisait une réorganisation scientifique des entreprises et une rationalisation du travail. Il substituait à la hiérarchie militaire celle de type administratif. Le système Taylorien reposait sur l'autorité dans la spécialité.

¹⁴ H. FAYOL, 1841-1925, ingénieur français fait reposer l'organisation des entreprises sur la division des services et sur l'unité de commandement. Il élabore sa doctrine de fayolisme à partir de l'observation des faits. Il attache une importance à la fonction d'administration, et la structure de l'entreprise est fondée sur une hiérarchie de type militaire.

¹⁵ H. FORD, 1863-1947, industriel américain a contribué, pour une large part, au développement de l'industrie automobile naissante, grâce à ses nouvelles méthodes de production.

traditionnelle de cadre, mais sans pour autant la rénover en profondeur ou lui en substituer une nouvelle, mieux adaptée.

15. Aussi, un auteur¹⁶ s'est-il interrogé sur les enjeux du « post-taylorisme » en réfléchissant sur les systèmes actuels d'organisation des entreprises.

Le cheminement intellectuel de F.TAYLOR apparaît ainsi clairement : de l'étude des temps opératoires procède la mise au point de méthodes de travail plus rationnelles et efficaces, or l'encadrement se trouve dans l'ignorance des méthodes et des temps opératoires.

Tout un travail de formation doit donc intervenir, même s'il n'est question que de la stricte acquisition d'un mode opératoire particulier, sans autre formation. Ainsi, le taylorisme met en avant, dès cette époque, l'importance des politiques de formation au sein d'une entreprise et le lien étroit entre celles-ci et une organisation efficace de l'entreprise.

Durant cette période marquée par les doctrines d'organisation, des textes juridiques apportent, cependant, des éléments intéressants dans la définition des cadres.

2) -Les arrêtés Croizat - Parodi

16. Source importante de la définition des cadres, les arrêtés Croizat-Parodi¹⁷ constituent la première tentative réalisée en ce sens. En vue de parvenir à une réorganisation de l'économie, des arrêtés de remise en ordre des salaires sont pris en 1945 et au cours des années suivantes. Ils établissent, pour les salariés des entreprises commerciales et industrielles, toute une échelle des qualifications professionnelles, ainsi que les coefficients hiérarchiques affectés à chaque emploi.

Deux de ces arrêtés nous concernent plus directement, comme source de définition des cadres. Il s'agit de ceux du 22 septembre 1945, portant fixation des salaires des ingénieurs et cadres, dans les industries et professions qui n'ont pas fait l'objet d'un arrêté spécial.

¹⁶ M. POUGET, « Taylor et le Taylorisme » Editions PUF

Présentant une synthèse de l'organisation du travail, au travers de ses éléments fondamentaux, il consacre ses développements aux conséquences du taylorisme aux Etats-Unis et en France. Pour lui, la force de la doctrine taylorienne réside dans sa capacité à s'attaquer aux fondements mêmes de l'organisation interne d'une entreprise et à proposer des réponses qui conduisent à revoir des pans entiers de management. Selon lui, le fait que soit mis l'accent « sur le changement des méthodes de travail plutôt que sur les temps opératoires allait avoir, pour la perception du scientifique management, des conséquences importantes : celui-ci ne cherchera pas seulement à faire travailler les ouvriers plus vite, il veut les faire travailler autrement. »

¹⁷ Arrêtés interprofessionnels du 31 janvier 1946

Les deux textes ont une rédaction similaire, sous réserve de quelques différences dues à la spécificité de l'industrie métallurgique. Dans les deux cas, les éléments permettant de reconnaître la qualité de cadre à un salarié sont identiques.¹⁸

Cependant, les arrêtés Croizat-Parodi ne donnent pas réellement une définition du cadre... Il était difficile en effet de condenser, dans un texte de portée générale, l'extrême diversité des agents méritant la qualité de cadre. Aussi bien, les arrêtés de remise en ordre des salaires procèdent-ils par énumération des qualités, des critères grâce auxquels il est possible de déterminer la place d'un salarié dans la hiérarchie professionnelle.

Il ne faut pourtant pas minimiser l'importance de ces textes réglementaires, leur portée, comme source de définition des cadres, mérite d'être soulignée à deux points de vue.

Les arrêtés Croizat-Parodi ont été les premiers textes à avoir véritablement instauré un système de hiérarchie professionnelle, même si la notion de cadre existait auparavant : de fait, des groupes de salariés se trouvaient entre le « patron » et les ouvriers et la présence d'un syndicalisme cadre, antérieur à ces arrêtés, permettait d'identifier des aspirations propres aux ingénieurs et cadres. L'intérêt essentiel de ces arrêtés est d'avoir confirmé, par des règles juridiques, la présence dans les entreprises d'une catégorie particulière de salariés, donnant ainsi aux tribunaux des directives générales dans la détermination de la qualité de cadre.

17. La jurisprudence fut d'ailleurs amenée à se prononcer sur la portée de ces directives. Elle le fit dans le sens d'une interprétation stricte des arrêtés de classement, ces textes étant d'ordre public.¹⁹ Ainsi, bien que les fonctions exercées par un salarié débordaient le cadre de son emploi, attestant ainsi la valeur personnelle de l'intéressé, la Cour de Cassation s'est refusée à lui conférer la qualité de cadre dès lors que lesdites fonctions étaient rangées dans les catégories « Techniciens ».²⁰

Les arrêtés de classement ont donc obligé les juges à respecter les conditions générales prévues par les textes, donnant désormais une coloration juridique à une notion qui, jusqu'alors, était demeurée de pur fait.

Il faut préciser que certains auteurs²¹ ont soutenu que les arrêtés de mise en ordre des salaires avaient exclu, de la catégorie des cadres, les agents dont « *la rémunération est essentiellement basée, d'après le contrat, sur le chiffre d'affaires ou la prospérité de l'établissement.* »

¹⁸ « Pour l'application du présent arrêté, sont considérés : comme cadres : les agents possédant une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière et exerçant, par délégation de l'employeur, un commandement sur des collaborateurs de toute nature : ouvriers, employés, techniciens, agents de maîtrise, ingénieurs, collaborateurs administratifs ou commerciaux. »

¹⁹ Cass. Soc. 15 juillet 1949, Bull. civ. p. 831 n° 698

²⁰ Cass. Soc., 17 novembre 1950, Dr. Soc. 1951

²¹ P. BIZIERE, « Les cadres et la jurisprudence », Questions Prud'hommes. 1961

En vérité, il ne semble pas que les arrêtés Croizat-Parodi aient entendu exclure du groupe des cadres tous ces agents, il apparaît plutôt que ces personnes se trouvaient privées de la protection accordée par ces arrêtés (la fixation d'appointements minima). De tels salariés, situés à un niveau particulièrement élevé, bénéficient de la même protection que celle accordée aux agents hiérarchiquement inférieurs et leur rémunération, basée essentiellement sur le chiffre d'affaires de l'entreprise ou la prospérité de l'établissement, se serait assez mal prêtée à la fixation d'un coefficient minimum.

Quoiqu'il en soit, en précisant la notion de cadre, les arrêtés Croizat-Parodi ont facilité la tâche des rédacteurs des conventions collectives postérieures.

Ces conventions vont, en effet, constituer à leur tour, une source importante dans la détermination de la notion de cadre ; tout en s'inspirant, pour une large part, des arrêtés de remise en ordre des salaires, les conventions collectives s'en détachent.

Au sein des conventions collectives, il en est une qui mérite une étude particulière parmi les sources historiques : il s'agit de la Convention Collective Nationale de Retraite des Cadres du 14 mars 1947, qui, du fait de son objet, est considérée comme une référence fondatrice de la notion de cadre.

3) La portée de la Convention Collective Nationale de Retraite et de Prévoyance des cadres de 1947

18. Conclue le 14 mars 1947, la Convention Collective Nationale de Retraite et de Prévoyance des Cadres témoigne du particularisme de la fonction exercée par ses bénéficiaires. L'opposition marquée des cadres au régime général des assurances sociales manifestait, au plus haut point, leur volonté de n'être pas confondus avec l'ensemble des salariés, et, par là, consacrait l'autonomie du groupe « cadres ».

La Convention Collective constitue, par ailleurs, une source précieuse pour déterminer la notion même de cadre.

Dans sa rédaction première, la Convention n'avait qu'un champ d'application assez limité, visant seulement les ingénieurs et cadres définis par les arrêtés de mise en ordre des salaires des diverses branches professionnelles, et les voyageurs et représentants ayant la qualification et les prérogatives d'ingénieurs ou cadres. En outre, étaient assimilés aux cadres, pour le bénéfice de la Convention, les employés, techniciens et agents de maîtrise dont la cote hiérarchique brute était égale ou supérieure à 300. Bien que limité quant au nombre des bénéficiaires, le texte avait déjà un champ d'application bien plus vaste que les arrêtés de

mise en ordre des salaires, puisque s'y trouvaient inclus les voyageurs représentants et certains agents de maîtrise. L'objectif de la Convention était sans doute autre, mais la jurisprudence postérieure allait faire parfois état de l'inscription à la Caisse de Retraite, pour conférer la qualité de cadre à certains agents.

19. L'évolution devait d'ailleurs se faire dans le sens de l'extension des bénéficiaires. A l'heure actuelle, en effet, outre les bénéficiaires déjà nommés, sont assujettis au régime complémentaire, « *les personnes exerçant des fonctions de direction non visées par les arrêtés de mise en ordre des salaires, lorsqu'elles sont considérées comme des salariées pour l'application de la législation des assurances sociales, les médecins du travail salariés, les conseillères du Travail et surintendantes d'usine diplômées.* »²²

Cette extension est significative et elle manifeste l'essor constant d'un groupe en pleine expansion.

L'objectif de la Convention de Retraite complémentaire et de prévoyance des cadres est, en effet, bien différent de celui des arrêtés de mise en ordre des salaires. Il s'agissait, avant tout, de donner à ceux qui bénéficient d'un traitement élevé, une retraite complémentaire lors de leur arrêt d'activité.

Notamment, le fait d'englober, au sens des retraites, parmi les bénéficiaires, certains agents « *considérés comme des salariés pour l'application de la législation des assurances sociales* » n'entraîne pas nécessairement que ces derniers soient juridiquement des cadres : ainsi les dirigeants de sociétés, bien qu'affiliés aux assurances sociales, ne peuvent prétendre à la qualité de cadre.

Cependant, l'assimilation aux cadres salariés des dirigeants de société est particulièrement significative et consacrée par le législateur²³ : dans les sociétés commerciales et notamment dans les sociétés anonymes ou les sociétés à responsabilité limitée, la fonction de direction constitue de plus en plus une fonction, à la différence des fonctions d'administration. Il convenait donc que tous ceux qui participent à la fonction de direction, que celle-ci soit générale ou spécialisée, bénéficient de la même protection sociale.

La convention du 14 mars 1947²⁴ reste donc importante en ce qu'elle fixe les éléments qui seront ultérieurement posés, notamment par les conventions collectives de branche,

²² Article 4 et 4 bis de la Convention collective de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, agréée par un arrêté ministériel du 31 mars 1947

²³ Loi n° 66- 537 du 24 juillet 1966 sur la réforme des sociétés commerciales

²⁴ Voir en ce sens, D. JOURDAN, « Protection sociale du cadre », JCP, E, 1995, n° 51-52, p. 515 : la définition du cadre au regard de la CCN du 14 mars 1947 regroupe deux catégories de salariés : les ingénieurs et cadres et les assimilés cadres (employés, techniciens et agents de maîtrise lorsqu'ils occupent des fonctions classées par référence aux arrêtés de mise en ordre des salaires à une côte hiérarchique brute égale ou supérieure à 300.)

comme les principaux critères de définition du personnel cadre²⁵, déjà dégagés par les arrêtés Croizat-Parodi. Ce texte est, toutefois, plus remarquable pour avoir avalisé les critères déjà existants (tels que la formation, les fonctions de commandement, par délégation de l'employeur) que pour en avoir fourni de nouveaux. En effet, si on laisse de côté les énumérations de personnels bénéficiaires, qui correspondent au volet social du texte, mais n'apportent rien à une tentative de définition juridique des cadres, la principale innovation de la convention est d'avoir mentionné l'initiative et la responsabilité dans l'exercice des fonctions ; ces critères seront repris par la jurisprudence et le droit conventionnel, comme effectivement déterminants du statut.

20. L'apport des définitions conventionnelles ultérieures résidera dans l'actualisation de ces critères et surtout dans leur adaptation à la branche d'activité. De ce fait, bien souvent, la fonction de cadre variera selon le type d'activité de l'entreprise. Dans ce contexte, les faiblesses de la définition juridique d'origine sont apparues de manière évidente et cela explique alors que le droit conventionnel ait investi largement le champ incertain de la notion, afin de la préciser.

B- Les éléments d'une définition dans les normes conventionnelles

21. Certaines conventions collectives et accords collectifs de branche, qui contiennent des dispositions propres au personnel d'encadrement, ont le mérite de se référer, de manière plus ou moins explicite à des critères de définition de la notion de cadre.

Ainsi, la source conventionnelle est une source précieuse, quelquefois exclusive, ou tout au moins privilégiée des définitions catégorielles.

Parmi les critères mentionnés dans les Conventions collectives, certains ont une portée limitée (1), d'autres sont plus significatifs (2).

1) Les éléments formels

22. La définition du personnel cadre relève, dans un premier temps, d'un exercice de qualification professionnelle, guidé par la convention collective. Dans cette optique, il convient d'observer quelques points généraux sur la façon dont les conventions collectives

²⁵ Sont considérés comme cadres ou ingénieurs, ceux qui détiennent une formation technique, administrative ou commerciale, exerçant par délégation de l'employeur un commandement sur d'autres représentants et dont les fonctions impliquent initiative, responsabilité.

abordent le traitement des cadres. Classiquement, nous constaterons deux grandes options, selon le degré de sophistication du texte conventionnel : soit le traitement des cadres fait l'objet d'une convention collective spécifique, soit il est renvoyé en annexe de la convention collective de la branche d'activité.

La première hypothèse se rencontre fréquemment dans des types d'activité où le degré de technicité est tel qu'il impose un découpage précis des tâches ainsi qu'un fort taux d'encadrement ; il correspond aussi à des secteurs d'activité où l'on rencontre, dans une proportion supérieure à la moyenne nationale, des entreprises relevant de la catégorie des grandes entreprises plus que des PME.²⁶

La seconde hypothèse, sans doute la plus importante quantitativement, correspond à des secteurs d'activité qui ne requièrent pas nécessairement des structures de grosse taille pour se développer et où les postes d'encadrement constituent une minorité de l'ensemble du personnel²⁷. Notons que les catégories d'ingénieurs et de cadres sont toujours liées et qu'elles ne font, que très rarement, l'objet d'un traitement distinct.

23. Les articles conventionnels de « définition » présentent l'incomparable intérêt d'être suffisamment larges et répétitifs, les uns par rapport aux autres, pour permettre de dégager les premiers critères de définition du statut des cadres, ce qui, malgré l'idée répandue sur l'absence d'éléments fiables, prouve, au contraire, l'existence chez les partenaires sociaux d'une identité de vues. En effet, à l'examen de plusieurs conventions collectives, deux critères apparaissent de manière répétitive : celui de la formation et celui de la rémunération.

a- Le critère de formation

24. Selon les cas, le niveau de formation va constituer un élément déterminant ou simplement un accessoire de l'octroi du statut, néanmoins, dans un contexte organisationnel, une formation, quelle qu'elle soit, ne suffit pas à elle seule, à octroyer à son titulaire la position de cadre.

Dans les conventions procédant par positions de classement successives, la position 1 est toujours réservée à des salariés diplômés de l'enseignement supérieur au titre de leur formation initiale. Dès lors, ce mode de classement le rend inaccessible aux salariés autodidactes, quel que soit le niveau qu'ils aient pu acquérir par leur pratique professionnelle

²⁶ CCN des ingénieurs et cadres de la métallurgie, CCN des ingénieurs et cadres du bâtiment et des travaux publics, par exemple.

²⁷ C'est notamment le cas pour les professions exercées sous forme libérale.

ou par une formation professionnelle continue. Par conséquent, la formation supérieure est le pilier du statut de cadre, en début de carrière, mais par la suite, elle aura peu d'importance.²⁸

Concernant la nature des études requises, bon nombre de conventions collectives sont relativement précises et procèdent par voie d'énumération.²⁹

25. Si l'on veut dégager une règle générale quant à la formation requise pour pouvoir prétendre au statut cadre dès la première embauche, nous pourrions dire qu'il s'agira, dans la majorité des cas, d'une formation postérieure au baccalauréat d'au moins trois ans, voire quatre pour les conventions les plus précises.

Néanmoins, la formation ainsi obtenue, si elle constitue une condition déterminante d'embauche ne signifie pas, pour autant, que l'octroi du statut de cadre, suivra automatiquement la production du diplôme.

Le critère des fonctions réellement exercées est décisif et se combine avec la possession du diplôme. Dès lors, le critère du diplôme ne sera opérationnel, dans l'octroi du statut, que s'il est couplé à la fonction effective, source de compétences. Ainsi, le diplôme constitue un élément nécessaire, mais de portée limitée qui doit toujours être relayé par celui de la formation ultérieure.

La formation inclut donc l'acquisition initiale du diplôme mais surtout les connaissances acquises par la pratique professionnelle, ce qui permet aux salariés qui auront réussi à être intégrés dans l'entreprise, sans diplôme spécifique, d'accéder éventuellement en cours de carrière au statut de cadre : on passe alors du critère du diplôme, à la notion plus large de formation.

Toutefois, il faut nuancer cette affirmation : si la formation, ainsi conçue, ouvre la possibilité à ses titulaires de bénéficier du statut de cadre, elle ne leur permet pas, dans la majorité des cas, d'atteindre un niveau supérieur de décision dans la hiérarchie de l'entreprise. En effet, les cadres autodidactes effectueront rarement la totalité du cursus qui leur serait théoriquement ouvert, le critère de la formation initiale reprenant de l'importance quand il s'agit d'accéder aux postes de direction des grandes entreprises.

²⁸ L. GRAFFIN, « Le travail en question » Ed. Mille et une nuit, 1999

Plusieurs auteurs démontrent que le niveau du diplôme atteint constitue toujours le principal critère de recrutement. M. BAUER emploie le terme de « tyrannie du diplôme initial » pour mettre en évidence la primauté du diplôme sur les compétences.

Pour lui, le diplôme reste une aide considérable, mais il ne doit plus signifier l'accès direct à un poste de responsabilité. Le détenteur de tout diplôme initial fut-il prestigieux, devrait encore faire la preuve de ses compétences.

²⁹ Diplômes délivrés par les organismes suivants : HEC, ESCAE, ESSEC, IEP, les universités françaises de toutes disciplines, à partir du niveau de la licence, ENA...

Il faut également noter que le critère de compétence, en l'absence de diplôme initial, laisse un champ plus important à l'appréciation de l'employeur, investi du pouvoir d'évaluation individuelle : la compétence, capacité à résoudre un problème en situation est, en quelque sorte, un cumul de connaissances, d'aptitude, d'adaptabilité.

26. Récemment, la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002³⁰, codifiée à l'article L. 934-1 du Code du travail et renvoyant à des dispositions du Code de l'éducation³¹, a consacré la validation des acquis de l'expérience. Désormais, le salarié peut bénéficier de l'intégralité d'un diplôme ou d'un titre, et non plus seulement en partie, en justifiant d'une expérience de trois ans au lieu de cinq. Les réformes apportées par la nouvelle Validation des acquis de l'expérience (VAE)³² à l'ancienne Validation des acquis professionnels (VAP) donnent de la vigueur au principe de reconnaissance et de valorisation des expériences. Ainsi, la VAE permet de légitimer la position d'un salarié dans son emploi et officialise un niveau de compétence atteint par sa pratique professionnelle.

Un autre élément est fréquemment présent dans les conventions collectives pour caractériser le cadre, il s'agit de la rémunération.

b- Le niveau de rémunération

27. La rémunération découle assez généralement du statut, tout au moins dans le système conventionnel, où le mode de classement des personnels a pour premier objet d'établir une pyramide des salaires. Dans la logique conventionnelle, le niveau de rémunération est, donc, un indicateur non négligeable de la place du salarié dans l'organigramme de l'entreprise.

Mais la rémunération conventionnelle constitue pour l'employeur un minimum obligatoire, qu'il lui est loisible d'améliorer ; à ce titre, la rémunération peut être, de façon relative, surévaluée au regard des fonctions réellement exercées et n'être que le signe d'une largesse patronale, sans influence sur la réalité des éléments distinctifs du statut, qui se posent en terme de responsabilités au sein de l'organisation de l'entreprise. Le niveau de rémunération ne saurait donc déterminer la qualification de cadre, à lui seul, contrairement à une idée assez répandue.

Cependant, une telle confusion est possible, eu égard à certaines dispositions conventionnelles, pour les cadres, classés dans les positions supérieures, qui ne sauraient

³⁰ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 ; décrets d'application de la VAE n° 2002-1459 du 16 décembre 2002

³¹ Voir les articles L. 335-5, L. 335-6, L. 613-3 et L. 613-4 du Code de l'éducation

³² L. GERARD, « Validation des acquis de l'expérience : des débuts prometteurs », Entreprises et carrières, 5 mai 2003, cahier spécial
« Le CNAM automatise le traitement de la VAE », Entreprises et carrières, n° 675, 30 juin 2003

l'être en deça d'un certain coefficient. Cela leur garantit une rémunération minimale qui découle directement de leur statut.

Dans le cas d'un surclassement de faveur, la rémunération présentera l'incontournable handicap, sous l'angle de notre étude, d'être sans rapport avec la nature des fonctions exercées.

Outre ces éléments, d'autres méritent une attention particulière du fait de leurs caractères primordiaux et récurrents.

2) Les éléments indicateurs

La hiérarchisation conventionnelle et le pouvoir de commandement sont des caractéristiques propres au cadre.

a- La hiérarchisation conventionnelle

28. Bien souvent, les conventions collectives distinguent des degrés au sein de l'encadrement, pour définir le déroulement de carrière à titre individuel, et une hiérarchie entre les cadres, pour l'organisation collective.

De manière récurrente, nous retrouvons le schéma conventionnel qui distingue trois types de cadres : débutants, confirmés, supérieurs.³³

Les deux premières catégories ont peu intéressé la doctrine ; en revanche, les cadres « supérieurs » ont fait couler beaucoup d'encre du fait de problèmes spécifiques, suscités tant par leur existence, que par le régime susceptible de leur être appliqué.

Ainsi, un éminent auteur³⁴ a-t-il écrit qu'une place spéciale doit être réservée aux cadres supérieurs et une autre, aux cadres de direction,³⁵ car la distance qui les sépare du chef d'entreprise, s'estompe par rapport à l'importance de la délégation de pouvoir (ce qui est encore plus frappant en cas de cumul du contrat et d'un mandat social).

De même, le professeur B.TEYSSIE³⁶ s'est interrogé sur les cadres supérieurs et a mis en avant la problématique suivante : distinguer le cadre de l'employeur est simple, en revanche, le distinguer du chef d'entreprise se révèle plus difficile. En effet, même de rang supérieur, le cadre ne saurait être assimilé à l'employeur car il est soumis au pouvoir de direction d'autrui, il est un salarié bénéficiant de la législation du travail.

³³ J. PELISSIER et G. LYON-CAEN « Droit du travail » Dalloz, octobre 1992, p.83

³⁴ J. BARTHELEMY, « La spécificité de la situation des cadres », JCP, 1997, E, n° 24

³⁵ G. LYON-CAEN, « Quand cesse-t-on d'être salarié ? », D. 1977, chronique 109

³⁶ B. TEYSSIE, « Identification du cadre », JCP, 1995, Ed. E, n°51-52

A l'inverse, du cadre au chef d'entreprise, la distance se réduit de par l'absence de lien de subordination manifeste entre les deux protagonistes, et surtout, lorsqu'au contrat de travail s'ajoute un mandat social. Le législateur a d'ailleurs offert au cumul des deux statuts les moyens d'un développement supplémentaire en supprimant, en 1994, la règle selon laquelle la nomination du salarié d'une société anonyme, en qualité d'administrateur, supposait que son contrat de travail fut antérieur de deux années au moins à sa nomination ; désormais seule est exigée une antériorité du contrat, même très brève.³⁷

A ce rapprochement, concourent également d'autres dispositions légales, telle la loi du 31 décembre 1970 relative aux options de souscription ou d'achats d'actions, celle du 27 décembre 1973 relative aux émissions et achats d'actions réservées aux salariés ou la loi sur l'épargne salariale du 19 février 2001, qui ont permis à des cadres supérieurs de se constituer un portefeuille d'actions de leur société. Devenu associé, le cadre dirigeant se sent de moins en moins cadre, et de plus en plus dirigeant, voire chef d'entreprise.

29. Néanmoins, contrairement à ce qui a pu être suggéré, le bénéfice de la qualification de cadre n'emporte pas inévitablement celui du qualificatif de « supérieur ».

Il ressort de la lecture doctrinale, que sont généralement considérés comme cadres supérieurs, les salariés investis de fonctions de direction dans les entreprises, voire des groupes de sociétés, d'une taille significative. Dès lors, les cadres dirigeants ont une situation conventionnelle particulière. En effet, les conventions et accords collectifs de branche, qui contiennent des dispositions spécifiques au personnel d'encadrement, s'appliquent à toutes les catégories de cadres, débutants, expérimentés et supérieurs. Seulement, au sein des cadres appartenant à cette dernière catégorie, ces conventions et accords collectifs excluent généralement, de leur domaine d'application les cadres dirigeants³⁸ qui assument ou qui participent à la direction de l'entreprise, en tant que mandataires sociaux ou par délégation de l'employeur³⁹. Dans le même sens, la Loi AUBRY II⁴⁰ sur le temps de travail a sorti du champ d'application les cadres dirigeants.

³⁷ Loi n° 66-537 du 24 Juillet 1966, art. 93 modifié

³⁸ Terminologie empruntée dans les accords de réduction du temps de travail issus de la Loi AUBRY

³⁹ Voir Convention Collective Nationale des Ingénieurs et des cadres de la métallurgie du 13 mars 1972 qui, précise, dans son article premier, relatif à son « champ d'application », que ne sont visés ni les directeurs salariés, ni les cadres occupant des fonctions supérieures à la position III C, titulaires d'un contrat individuel de travail réglant leur situation d'ensemble et dont les clauses générales ne peuvent être globalement moins favorables que celles de la présente convention.

⁴⁰ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, art. L. 212-15-1 du Code du travail

30. En pratique, la plupart des conventions collectives⁴¹ et accords collectifs de branche, classent les cadres en différentes catégories hiérarchiques⁴², dénommées « positions », qui sont elles-mêmes subdivisées en sous-catégories⁴³, dénommées « indices » ou « coefficients ».

31. Aux termes des articles 1 et 21 combinés de la Convention Collective de la Métallurgie du 13 mars 1972, appartiennent, en effet, à la catégorie des cadres débutants (position 1), *« les salariés qui justifient notamment de la possession d'un diplôme national sanctionnant des études supérieures (d'une durée au moins égale à trois ans après l'obtention du baccalauréat), ou des hautes études, suivies dans le domaine de la politique, de la finance, du commerce, de l'économie, de la gestion, du droit, des lettres, des sciences humaines, de la médecine du travail et qui occupent, pour la première fois ou depuis une durée inférieure à trois ans révolus, les fonctions de cadres techniques, administratifs ou commerciaux. »*

Doivent être rattachés à la catégorie des cadres confirmés (position 2), les salariés cadres ayant accompli une période probatoire de trois ans en position 1, dont une année au moins de travail effectif dans l'entreprise et atteint l'âge de 27 ans.

Enfin, l'appartenance du salarié cadre à la catégorie des cadres supérieurs (position 3), suppose, soit qu'il exerce effectivement des fonctions de commandement sur un ou plusieurs ingénieurs ou cadres des catégories inférieures, dont il oriente et contrôle les activités, soit que ses fonctions dans les domaines scientifique, technique, administratif, commercial ou de gestion comportent des responsabilités exigeant une très large autonomie de jugement et d'initiative.

Outre ce critère de hiérarchisation, le statut de cadre, dans les définitions conventionnelles, dépend aussi de l'exercice d'un commandement ou de la mise en œuvre de responsabilités équivalentes.

b- L'élément fonctionnel : le pouvoir de commandement, l'initiative et la responsabilité

32. De même, que le diplôme ne suffit pas à lui seul à attribuer la fonction de cadre, le commandement à titre unique n'y parvient pas non plus ; en effet, le critère pris isolément est ainsi utilisé pour désigner la catégorie des agents de maîtrise qui exercent une autorité déléguée, sans marge d'initiative personnelle. Le critère supplémentaire distinctif des cadres

⁴¹ Il faut souligner la particularité de la convention collective des industries pharmaceutiques du 6 avril 1956 où la notion de cadre est inexistante.

⁴² Voir en ce sens la convention collective du 13 mars 1972 précitée qui reconnaît l'existence de trois catégories de cadres : les cadres débutants, les cadres confirmés (c'est-à-dire expérimentés) et les cadres supérieurs.

⁴³ Exemple de la convention collective nationale des services de l'automobile qui classe les cadres en quatre catégories : les cadres débutants : position 1, les cadres qualifiés : position 2, les cadres confirmés : position 3 et les cadres supérieurs : position 4

sera alors, à ce titre, celui de l'initiative dans la mise en œuvre de l'autorité et le niveau de compétence.

Ce critère de distinction a d'ailleurs été repris par la doctrine⁴⁴ et des circulaires ministérielles⁴⁵.

33. La marge d'initiative individuelle, incluant la part dévolue à l'initiative et à l'autonomie, dans l'exercice du commandement, sera l'un des éléments déterminants pour situer le cadre dans son déroulement de carrière.

Le critère de commandement, qui vient, dans les textes conventionnels, immédiatement après celui de la formation, ne constitue pas pour autant un critère nécessaire. Ainsi, sont parfois cités par les conventions, comme représentatifs de la mise en œuvre du critère de commandement, les postes de chargés d'études ou de recherches, les responsables de contentieux... Par conséquent, le droit conventionnel a su s'affranchir de la signification originelle du terme, pour intégrer des fonctions n'impliquant pas l'exercice d'une autorité et se rapprochent davantage du cadre expert.

Le contenu de la fonction de cadre réside ainsi dans l'exercice d'un commandement ou dans le fait d'assumer « des responsabilités de nature équivalentes », ce qui caractérise l'essentiel de la définition du personnel cadre. Le critère alternatif du commandement, ou des responsabilités dites équivalentes, apparaît bien comme le fond de la notion.

34. Pour synthétiser les différents critères que l'on retrouve dans les Conventions collectives, l'exercice d'un commandement ou de responsabilités équivalentes est caractérisé par la marge d'initiative, et d'autonomie du cadre, les délégations et les responsabilités qu'il exerce, en tenant compte de sa situation hiérarchique dans l'entreprise.

Dans l'ensemble des sources conventionnelles, au fur et à mesure de la progression sur l'échelle de carrière des cadres, on s'éloigne d'une définition, sous forme d'énumération plus ou moins exhaustive de tâches précises, pour se rapprocher de la notion de « fonction ».⁴⁶

Ainsi, les cadres supérieurs se caractérisent par leur autonomie, leur liberté d'initiative et par un contrôle limité de leur travail : ils doivent uniquement rendre des comptes aux instances dirigeantes de l'organisation qui les emploie.

⁴⁴ A. LE BAYON, « Cadres et agents de maîtrise », Répertoire Dalloz Droit du Travail

⁴⁵ Circulaire ministérielle du 22 février 1946 qui posait le critère de distinction en précisant que les agents de maîtrise sont essentiellement des agents d'encadrement assurant l'exécution du travail, sans que leur fonction comporte une technicité et des initiatives d'un ordre différent de celles de leur subalternes. Les cadres, eux, ont des responsabilités, doivent prendre des initiatives et mettre en œuvre des connaissances supérieures à celles d'un employé qualifié.

⁴⁶ D. CHANAL, « Les cadres, contribution à l'étude des contradictions et de la pertinence d'un statut en droit du travail », thèse, 1995

La définition même des cadres « supérieurs » contient donc le germe d'un débat sur la réalité de leur subordination et leur légitimité à être considérés comme des salariés.

35. C'est ainsi que certaines conventions et accords collectifs de branche, qui contiennent des dispositions propres au personnel d'encadrement et ont le mérite de se référer, de manière plus ou moins explicite, à des critères de définition de la notion de cadre, traduisent une relative ambiguïté et mettent en évidence une notion sectorielle. Le plus souvent, leur définition englobe des salariés (notamment les ingénieurs et les agents de maîtrise) qui n'ont pas nécessairement, au sens strict du terme, la qualité de cadre, et ce même si, dans la pratique et conformément à certains textes du Code du travail, il paraît plus logique, compte tenu de leurs conditions d'emploi, de les regrouper avec les cadres qu'avec les employés et les ouvriers.

Cet amalgame, qui s'observe dans la rédaction de la plupart des conventions et accords collectifs comportant des dispositions propres au personnel d'encadrement, rend difficile la compréhension uniforme de la notion de cadre, et ce d'autant plus qu'il s'agit de textes d'application étroite. En effet, dans la mesure où ces dispositions sont issues de conventions et accords collectifs de branche, les critères de qualification de la notion de cadre auxquels elles se réfèrent, de manière plus ou moins explicite, ne sont pas nécessairement transposables d'un texte conventionnel à un autre.

36. En définitive, nous verrons que la carence du législateur à définir la notion de cadre pour l'ensemble des textes du Code du travail qui y font référence, ainsi que la relative ambiguïté et le caractère sectoriel des définitions conventionnelles, rendent la notion imprécise.

Dans ces conditions, le problème est de voir les juges du fond retenir différentes interprétations de la notion de cadre, à l'occasion de litiges relatifs à l'application de dispositions légales ou conventionnelles spécifiques au personnel d'encadrement et, il incombera à la Cour de cassation d'assurer l'unité du droit social, en adoptant des critères de qualification précis et uniformes.

Ainsi, la jurisprudence s'est-elle progressivement attachée à préciser les contours de la notion de cadre ainsi que la portée des textes conventionnels qui s'y réfèrent.

II- La contribution de la jurisprudence à l'élaboration de la notion

37. En dépit de la carence ou de l'imprécision du législateur⁴⁷, ainsi que de l'ambiguïté relative des conventions et accords collectifs de branche, ces définitions légales et conventionnelles n'en restent pas moins riches d'enseignements, pour dégager des critères de qualification uniformes du concept de cadre.

38. Au demeurant, la jurisprudence s'en est inspirée, en subordonnant la reconnaissance de la qualité de cadre à l'exercice autonome et effectif, par le salarié intéressé, de fonctions de commandement, qui comportent des responsabilités et nécessitent l'utilisation de connaissances de haut niveau. Toutefois, dans les litiges, les plaideurs se trouvent souvent dans le champ d'application d'une convention collective, ce qui réduit le rôle normatif du juge, cantonné, alors, à l'interprétation du texte conventionnel.

Ainsi, il n'existe pas véritablement de définition prétorienne du cadre mais davantage une jurisprudence inspirée par les normes conventionnelles. De l'ensemble des décisions judiciaires, il est possible d'extraire plusieurs critères, d'une importance inégale : les fondamentaux (A) ou les subsidiaires (B).

A- Les critères déterminants

L'utilisation de compétences hautement qualifiées (1), l'exercice d'un pouvoir de commandement (2), des fonctions à responsabilité (3) et l'autonomie (4) sont des caractères cumulatifs de définition du cadre posés par la jurisprudence.

1) L'utilisation courante de compétences de haut niveau

39. La reconnaissance de la qualité de cadre implique, tout d'abord, que les fonctions occupées par le salarié requièrent, un niveau élevé de qualification.⁴⁸ En effet, le salarié qui revendique la qualité de cadre, doit pouvoir justifier, par la possession de diplômes ou de titres reconnus équivalents, par le suivi d'actions de formation, ou par son expérience professionnelle, de connaissances approfondies, techniques, administratives, juridiques, commerciales ou financières, qui correspondent au profil de son poste de travail et qui lui sont

⁴⁷ Ut Infra, section 2

⁴⁸ Cass. Soc., 14 oct. 1964 : Bull. civ. IV, n° 665-

constamment nécessaires pour mener à bien les différentes missions d'expertise, d'étude et de conseil qui lui sont confiées.

40. Sur ce point, il n'y a pas de différence entre les salariés cadres et ceux appartenant à la catégorie des ingénieurs, dès lors que la qualité d'ingénieur⁴⁹ suppose, également, que le salarié qui la revendique puisse justifier, non seulement d'une formation de haut niveau, constatée par un diplôme ou un titre équivalent, mais aussi de l'exercice, dans l'entreprise, de fonctions qui requièrent la mise en œuvre pratique des connaissances, qu'il a acquises au cours de sa formation.

Par opposition à ce qui a été dit, la qualité de cadre doit être refusée aux salariés qui ne justifient pas de connaissances approfondies dans les domaines précités, ainsi qu'aux salariés, même hautement qualifiés, qui occupent un poste dont les fonctions ne nécessitent pas l'utilisation courante, ou du moins répétée, d'un tel niveau de connaissances, mais qui consiste, essentiellement, en l'exécution de travaux manuels subalternes ou de travaux intellectuels à faible valeur ajoutée. Dans ces conditions, les salariés concernés relèveront, selon la nature de leurs fonctions, de la catégorie ouvriers, employés, techniciens ou agents de maîtrise.

41. La jurisprudence paraît favorable à cette interprétation. C'est ainsi que la qualité de cadre a été reconnue à un comptable diplômé d'une école supérieure de commerce,⁵⁰ à une directrice médicale adjointe⁵¹ ou à un chirurgien-dentiste⁵².

A contrario, ne peuvent prétendre à la qualification de cadre :

- le gérant d'une station service, dont les fonctions sont limitées à servir la clientèle et à assurer le réapprovisionnement en carburant, qui ne nécessitent ni diplôme, ni compétence technique particulière⁵³ ;
- la salariée qui ne possède que le diplôme de secrétaire sténodactylographe⁵⁴ ;
- le salarié, même hautement qualifié et expérimenté, qui n'effectue que des tâches d'exécution, n'assure l'encadrement d'aucune équipe et ne possède aucun diplôme sanctionnant une formation⁵⁵.

La Cour de cassation⁵⁶ a, cependant, admis que, pour se prévaloir d'une qualification de haut niveau, il n'est pas indispensable de justifier de la possession d'un diplôme d'études

⁴⁹ Pour les ingénieurs, le critère de formation est généralement à lui seul décisif.

⁵⁰ Cass. Soc., 18 janvier 1967, Bull. civ. IV, n° 49

⁵¹ Cass. Soc., 9 mars 1967, Bull. civ. IV, n° 232

⁵² Cass. Soc., 14 octobre 1964, Bull. civ. IV, n° 665

⁵³ Cass. Soc., 15 janv. 1974 : D. 1974 inf. rap. 154 ; Cass. Soc., 17 juin 1981, Bull. Civ. V, n° 566

⁵⁴ Cass. Soc., 7 juin 1974, Bull. civ. V, n° 352

⁵⁵ Cass. Soc., 30 mai 1958, Bull. civ. IV, n° 662

supérieures, d'un titre équivalent ou du simple suivi d'une formation supérieure ; cette qualité peut avoir été acquise par l'expérience professionnelle. Ainsi, la chambre Sociale a considéré que l'absence de diplôme de pharmacien n'est pas incompatible avec le statut de cadre, dès lors que l'intéressé justifie que l'exercice de ses fonctions nécessite la mise en œuvre d'une technicité qui résulte de son expérience. De fait, la Chambre Sociale renvoie à la position des conventions collectives et au terme de « compétence », approche qui s'est renforcée avec la « validation de l'expérience » instaurée par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002⁵⁷.

Le second critère, souvent repris par les magistrats, est celui de l'exercice d'un pouvoir disciplinaire de commandement.

2) L'exercice d'un pouvoir de commandement

42. Pour qu'un salarié puisse revendiquer la qualité de cadre, il est nécessaire qu'il dispose effectivement d'un pouvoir de commandement sur ses collaborateurs⁵⁸.

Cette exigence suppose que le salarié soit investi, par délégation du chef d'entreprise, d'un réel pouvoir de commandement sur d'autres salariés placés sous sa subordination administrative et, au moins pour partie, juridique. Concrètement, il doit disposer de l'autorité nécessaire pour coordonner, ou du moins diriger, leur travail, en déterminant le contenu et l'étendue de leur prestation de travail (par des directives, des instructions ou des ordres, et non par des simples recommandations ou avis), pour en contrôler la bonne exécution, en conformité avec ses directives et instructions, et, le cas échéant, pour sanctionner leurs éventuels manquements.

43. Quant à ce pouvoir de sanctionner, il n'est pas nécessaire, semble-t-il, que le cadre ait vocation à notifier, au salarié fautif, la sanction qu'il convient de lui infliger, ni même qu'il soit compétent pour déterminer la nature et l'échelle de celle-ci : il suffit qu'il ait le pouvoir de constater la réalité du fait fautif, commis par le salarié qui lui est subordonné, et qu'il puisse solliciter, auprès d'une autre autorité (en pratique le directeur ou le responsable du personnel) l'engagement de poursuites disciplinaires.

C'est au regard de ce critère qu'il faut distinguer les salariés cadres, de ceux qui appartiennent à la catégorie des ingénieurs, dans la mesure où la qualité d'ingénieur ne

⁵⁶ Cass. Soc., 12 avril 1995, Juris-Data n° 001004

⁵⁷ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002

⁵⁸ Cass. Soc., 4 avril 1990, JCP E, 1990, II, 15884

suppose pas que l'intéressé exerce un pouvoir de commandement sur d'autres salariés travaillant en relation directe avec lui.

44. Ces fonctions de commandement sont considérées, par la jurisprudence, comme indispensables pour l'acquisition de la qualité de cadre. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle eu l'occasion de rappeler que le salarié cadre est celui qui exerce une fonction de direction et de surveillance sur un personnel subordonné⁵⁹. Le salarié cadre doit donc exercer effectivement, par délégation, une partie de l'autorité hiérarchique du chef d'entreprise, sur des salariés placés sous sa direction.

Ainsi, un salarié, dont les fonctions consistent, notamment, à diriger et à surveiller les travaux réalisés par des salariés saisonniers, peut se voir qualifier de cadre⁶⁰.

En revanche, la qualité de cadre doit être refusée au salarié d'une entreprise familiale qui, en dépit de son titre de directeur commercial, n'a jamais eu personne sous ses ordres.⁶¹

Les juges exigent, ensuite, que le cadre ait des responsabilités.

3) L'exercice de fonctions à responsabilité

45. En troisième lieu, le salarié, qui prétend à la qualité de cadre, doit justifier qu'il exerce des fonctions à responsabilité. Concrètement, cette exigence implique :

- d'une part, qu'il dispose, sur délégation de l'employeur, du pouvoir d'engager l'entreprise pour des décisions dans son domaine de compétences, que ce soit commercial, économique, financier ou social ;
- d'autre part, qu'indépendamment de toute faute professionnelle, le sort de son emploi dépende de la réalisation des objectifs qui lui ont été personnellement fixés par le chef d'entreprise ou son représentant, ainsi que de la bonne exécution du travail des salariés placés sous sa direction. A cet égard, les responsabilités, qui découlent des fonctions du salarié cadre, apparaissent bien comme le corollaire de ses prérogatives de direction, de contrôle et de sanction. A ce titre, plus le salarié exercera des fonctions de haute responsabilité, plus la stratégie de l'entreprise sera impliquée à l'occasion de ses décisions et, plus son supérieur hiérarchique pourra apprécier, rigoureusement, la réalisation des objectifs fixés.

46. Ce critère, vers lequel convergent toutes les dispositions légales et conventionnelles relatives au personnel d'encadrement, est rigoureusement imposé par les juges. Ainsi, la

⁵⁹ Cass. Soc., 6 octobre 1977, Bull. civ. V, n° 516

⁶⁰ Cass. Soc., 25 mars 1986, Bull. civ. V, n° 226

⁶¹ Cass. Soc., 7 février 1979, Bull. civ. V, n° 119

jurisprudence a conféré la qualité de cadre à une pharmacienne qui était chargée d'assurer le contrôle de la pharmacie faisant partie d'une clinique⁶².

La jurisprudence rappelle enfin, que l'indépendance technique est un autre élément inhérent à la qualification de cadre.

4) L'autonomie dans l'exercice des fonctions

47. En dernier lieu, la reconnaissance de la qualité de cadre, suppose que le salarié concerné bénéficie d'une réelle autonomie dans la prise de ses décisions ou, tout au moins, dans l'organisation de son travail et la gestion de son emploi du temps.

C'est ainsi que, même si un salarié cadre peut être soumis à un horaire collectif de travail, l'autonomie de fonctions dont il dispose, implique qu'il ne lui soit pas tenu rigueur d'un retard sur son lieu de travail,⁶³ sauf s'il n'atteint pas les objectifs qui lui ont été assignés.

Cette autonomie de fonctions implique, par essence, que le chef d'entreprise ou son représentant ait laissé, au salarié concerné, une importante marge d'initiative, quant à la démarche à suivre et au choix des moyens à mettre en œuvre, pour mener à bien les diverses missions qui lui sont confiées.

Les indices essentiels d'identification du cadre tiennent, donc, aux fonctions exercées et à la responsabilité qui y est attachée.

48. Comme le souligne J. BARTHELEMY, « *ils font, par voie de conséquence, de l'autonomie une caractéristique habituelle de leurs conditions de travail : voilà la raison du sentiment que les cadres n'ont pas droit au paiement des heures supplémentaires*⁶⁴ ! »

C'est donc dans la notion de travail effectif, elle-même inspirée de celle de travail commandé, que se trouvent les justifications de la spécificité des cadres en matière de durée du travail. Ainsi, en raison du degré d'autonomie, conditionnant la qualification des heures de présence qui excèdent l'horaire collectif, la Cour de cassation est plus tolérante pour concilier travail commandé et liberté⁶⁵. L'autonomie, facteur de dynamisme, est un outil de gestion, qui se traduit par une liberté dans la détermination du moment du travail et a pour effet que l'intéressé est seul juge des dépassements de l'horaire collectif. Dès lors, les dépassements, n'étant pas commandés, ne sont pas du travail effectif⁶⁶.

⁶² CA Paris, 28 sept. 1982, D. 1983, inf. rap. p. 21

⁶³ Cass. Soc., 5 avr. 1978, Bull. civ. V, n° 288

⁶⁴ J. BARTHELEMY, « La spécificité de la situation des cadres », JCP, 1997, Ed. E, n°24

⁶⁵ Ut Infra, première partie, titre 1, chapitre 1, section 1

⁶⁶ Cass. Soc., 19 mars 1969 : Bull. civ. V, n°192

49. La jurisprudence subordonne donc la reconnaissance de la qualité de cadre à la réunion cumulative de ces quatre critères de définition. Il appartient au salarié, qui revendique le statut, de prouver qu'il exerce effectivement ses fonctions dans les conditions précitées, et ce, quel que soit le titre que lui a accordé son employeur, sur son bulletin de salaire ou sur son contrat.

Par exception, la jurisprudence admet, parfois, qu'un salarié puisse être qualifié de cadre, lorsque son employeur lui a accordé volontairement cette qualité lors de la conclusion ou au cours de l'exécution de son contrat de travail, et ce même si les conditions requises par la convention collective applicable ne sont pas réunies, comme l'exigence de diplômes⁶⁷.

Dans ce cas, le statut de cadre constitue, pour le salarié, un élément de son contrat de travail, que l'employeur ne peut remettre en cause sans obtenir, au préalable, l'accord exprès du salarié. Toutefois, encore faut-il que le salarié prouve que l'employeur a manifesté une volonté, claire et non équivoque, de lui reconnaître le statut de cadre. En pratique, une telle volonté pourra résulter, par exemple, de la teneur de l'offre d'emploi ou du fait que le salarié a été inclus par l'employeur dans la catégorie du personnel cadre, à l'occasion d'un licenciement collectif pour motif économique.

Cependant, le seul fait qu'un salarié ait bénéficié de quelques avantages propres au personnel cadre, ne suffit pas à démontrer que l'employeur ait eu véritablement l'intention de lui accorder le statut de cadre.

Les juges admettent également qu'un salarié puisse être qualifié de cadre, lorsque la convention ou l'accord collectif, applicable dans l'entreprise, lui reconnaît la qualité de cadre, alors même qu'il ne remplit que certaines des conditions requises par la jurisprudence.

En résumé, les quatre conditions, dégagées en jurisprudence, doivent être réunies cumulativement, hormis en présence de sources conventionnelles.

En dehors de ces quatre critères, qui déterminent, selon la jurisprudence, la reconnaissance de la qualité de cadre, tous les autres indices ne seront pas considérés comme décisifs pour l'acquisition de cette qualité.

B- Les critères complémentaires

Le juge examine, à titre complémentaire, le niveau de rémunération et de classification du salarié (1), son affiliation au régime de retraite complémentaire et de prévoyance des

⁶⁷ Cass. Soc., 12 janvier 1989 ; Cass. Soc., 17 juill. 1996, JCP, E, 1996

cadres (2), ou la volonté des parties (3) pour conforter l'opinion qu'il s'est forgée sur la base de l'appréciation globale des critères précédemment analysés.

1) Le niveau de rémunération et de classification

50. Selon la jurisprudence, le niveau de rémunération accordé au salarié intéressé ne constitue pas, à lui seul, un critère suffisant pour lui permettre de bénéficier de la qualité de cadre. Ainsi, la Cour de cassation a considéré que l'employeur n'a pas entendu conférer à un salarié la qualité de cadre, même s'il lui a accordé un coefficient hiérarchique et un salaire correspondant à cette qualité.⁶⁸ Il en est de même si le salarié a bénéficié d'une rémunération plus élevée que celle attachée à son coefficient hiérarchique. Toutefois, si la rémunération n'est pas à elle seule, un élément suffisant pour reconnaître la qualité de cadre à un salarié, elle peut constituer un indice complémentaire à prendre en considération.⁶⁹

2) L'affiliation à la caisse de retraite complémentaire des cadres

51. L'affiliation à une caisse de retraite des cadres est, sans conteste, l'élément le plus fréquemment cité parmi les critères inopérants.

Un arrêt donne ainsi, dans son attendu principal, une synthèse du raisonnement suivi par la Cour en la matière : *« c'est à bon droit qu'une salariée a été déboutée de sa demande en paiement d'un rappel de salaire, fondée sur la qualité de cadre qu'elle revendiquait, dès lors que sa seule adhésion à la caisse interprofessionnelle des cadres, qui n'avait donné lieu qu'à un classement par assimilation, n'était pas déterminante de la volonté de la société de lui conférer la qualité de cadre et qu'au regard de la convention collective applicable, ses fonctions réellement exercées n'étaient pas celles d'un cadre »*⁷⁰

Pour justifier sa jurisprudence, la Cour de cassation s'appuie, à juste titre, sur le fait que, selon les dispositions mêmes de la convention collective nationale de l'AGIRC, le régime de retraite complémentaire et de prévoyance qu'elle institue s'applique, également, aux « assimilés cadres », donc aux techniciens supérieurs, aux techniciens et employés ayant

⁶⁸ Cass. Soc., 30 juin 1988, Bull. civ. V, n° 398

⁶⁹ Cass. Soc., 7 févr. 1979, Bull. civ. V, n° 119

Ainsi, la Cour de cassation a refusé la qualité de cadre à un salarié qui, en dépit de son titre de directeur commercial au sein d'une entreprise familiale, n'avait aucune personne sous ses ordres et n'avait perçu, pendant plusieurs années, qu'une rémunération modeste, pour lui permettre de bénéficier, de la couverture de la Sécurité sociale.

un certain coefficient hiérarchique.⁷¹ Il en est également ainsi de l'inscription sur la liste du collège cadre aux élections prud'homales.

Ce critère étant, à lui seul, insuffisant pour autoriser l'accès du salarié à la position de cadre, il appartient, dans tous les cas, aux juges du fond de rechercher si, indépendamment de son affiliation au régime de retraite complémentaire et de prévoyance des cadres, le salarié concerné exerce effectivement des fonctions de cadre et si son niveau de qualification correspond à celui qui est nécessaire pour faire face aux exigences de son emploi, ou aux critères définis par la convention collective applicable, ou encore si l'employeur a eu l'intention de faire bénéficier ledit salarié de la qualité de cadre et de tous les avantages qui en découlent.

3) L'attribution de la qualité de cadre par la volonté des parties

Il convient, en la matière, de distinguer deux hypothèses, proches mais non identiques.

52. La première est celle où la qualité de cadre fait l'objet d'une mention explicite dans le contrat de travail : la qualification de cadre peut, en effet, constituer un élément de négociation entre employeur et postulant, au moment de l'embauche, et devenir ainsi, ultérieurement, une donnée contractuelle s'imposant aux deux parties pour l'ensemble de ses composantes. Il faut remarquer qu'ici, la reconnaissance du statut résulte de l'application pure et simple du droit commun des obligations. Toutefois, si la volonté des parties, conformément à l'article 1134 alinéa 1 du Code civil, est susceptible d'être, à titre exclusif, à l'origine de l'octroi du statut, elle ne peut, pour autant, constituer un quelconque élément de définition dudit statut.

Le juge, en appliquant le statut, ne fait que donner leur portée aux dispositions contractuelles soumises à son appréciation, sans avoir à se livrer à un travail de qualification, lequel ne lui incombera que dans le silence du contrat.

Toutefois, même dans cette hypothèse simple, où l'application du statut est de nature contractuelle, un problème peut apparaître quant au support de la mention litigieuse, lorsque elle est inscrite sur un document dont la nature est incertaine. Il importera, alors, de rechercher la volonté réelle de l'employeur, laquelle pourra, souvent, être déduite de la notion de bonne foi dans l'exécution des conventions, validant alors un surclassement délibéré. Certaines solutions jurisprudentielles sont allées dans cette direction, même en présence

⁷⁰ Cass. Soc., 13 mars 1990, RJS 5/1990, n°348

⁷¹ Cass. Soc., 21 mai 1981, Bull. civ. V, n°438

d'autres mentions, d'interprétation contraire qui auraient pu inciter à ne voir dans l'attribution du statut qu'une erreur matérielle.⁷²

53. La deuxième hypothèse est celle où les parties auront fait une mention distributive, dans le contrat de travail, de certains caractères du statut de cadre, sans faire pour autant une référence explicite au statut en tant que tel, ou encore, celle, où les parties, sans formaliser l'étendue de leurs engagements respectifs, auront simplement appliqué, en cours de contrat, tel ou tel avantage relevant habituellement du statut litigieux. Il s'agit, alors, de déterminer si le juge pourra, sur ce fondement, faire une application intégrale du statut.

Or, s'il apparaît que la volonté des parties n'est pas suffisamment établie, c'est-à-dire que l'intention de déroger au droit commun de l'attribution du statut n'est pas manifeste, il conviendra de s'en tenir au seul critère, de nature à imposer la qualification, celui des fonctions effectives.

54. Lorsqu'un salarié satisfait aux exigences jurisprudentielles, qui déterminent son appartenance au statut de cadre, la question se pose de savoir à quelle catégorie de cadres il appartient. Nous verrons que, dans cette hypothèse, les enjeux sont manifestes, notamment pour le décompte du temps de travail.

55. Sur ce point, seule, la seconde Loi AUBRY, manifestement inspirée des classifications contenues dans les conventions et accords collectifs de branche, propres au personnel d'encadrement, a opéré un classement fonctionnel des cadres, prenant en compte leurs conditions réelles d'emploi ; mais, contrairement au classement hiérarchique, retenu par les textes conventionnels, la loi s'est contentée de définir plusieurs catégories de cadres, au regard de la nouvelle réglementation sur la durée du travail.

Section 2 : L'affirmation de la notion dans la loi

Si l'on se réfère au seul Code du travail, on ne peut que constater l'imprécision de la notion de cadre : celle-ci est en effet, largement occultée par le législateur (I), alors que, paradoxalement, la loi est venue réformer, dans son ensemble, la réglementation relative au temps de travail des cadres (II).

⁷² Cass. Soc., 6 mars 1990, Juris. Soc. n° 90 : attribution contractuelle du statut à un agent technico-commercial.

I- L'imprécision textuelle de la notion

Le concept a longtemps été ignoré par le législateur (A) ; seule une définition fragmentaire fournit quelques précisions (B).

A- La carence du législateur et les références légales

56. Depuis longtemps, le législateur a reconnu la spécificité du personnel d'encadrement, en prévoyant, dans le Code du travail, de nombreuses dispositions qui lui sont propres. Ainsi, une loi du 2 janvier 1978⁷³, impose à l'employeur dans les entreprises visées par les alinéas 1, 4 et 5 de l'article L. 431-1 du Code du travail, de « *rechercher les moyens d'améliorer l'information et de développer la consultation du personnel d'encadrement dans les domaines intéressant la politique générale de l'entreprise, en vue de permettre à ce personnel de mieux exercer les responsabilités qui lui incombent.* »

Toutefois, la loi ne précise pas ce qu'il faut entendre par le terme « personnel d'encadrement ».

57. Il en est de même d'autres dispositions légales, telles que celles relatives au droit d'expression des cadres⁷⁴, à la notification du licenciement d'un cadre pour motif économique⁷⁵, à la représentation spéciale des cadres au conseil d'administration ou de surveillance de la société employeur, lorsque celle-ci est constituée en la forme d'une société anonyme⁷⁶.

58. Cette carence du législateur ressort, également, à la lecture des dispositions du Code du travail qui, en matière d'élection des représentants du personnel, ne visent pas expressément le collège des cadres et agents de maîtrise, mais le collège des « ingénieurs, chefs de service, techniciens, agents de maîtrise et assimilés »

59. Seul l'article L. 433-2 du Code du travail organise une représentation particulière des cadres au sein du comité d'entreprise, en fonction non seulement des effectifs de l'entreprise considérée, mais aussi du nombre de salariés cadres.

Dans le même sens : sur la volonté déduite de la mention « salarié cadre » sur une attestation ASSEDIC et d'une carte d'électeur de la section d'encadrement du conseil de prud'hommes : Cass. Soc., 7 janvier 1992, Bull. civ.V, n°536

⁷³ Loi n° 78-5 du 2 janvier 1978

⁷⁴ Art. L.461-5 du Code du travail

⁷⁵ Art. L. 122-14-1 al.3 du Code du travail

⁷⁶ Art. L. 225-27 et L.225-79 du Code de commerce

60. Les cadres doivent être, également, représentés au sein du Conseil d'administration ou de surveillance de la société anonyme qui les emploie. En effet, l'article L. 432-6 du Code du travail prévoit que les délégués du comité d'entreprise, dont un appartient au personnel d'encadrement, assistent à toutes les réunions de ces organes de direction, avec une voix consultative, et ont droit aux mêmes documents que ceux adressés ou remis, à cette occasion, aux mandataires sociaux qui en font partie.

61. Au final, la seule définition contenue dans le Code du travail, se trouve exposée dans l'alinéa 3 de l'article L.513-1, relatif aux conditions d'élections des conseillers prud'homaux salariés de la section d'encadrement.^{77 78 79}.

B- La définition unique et fragmentaire, contenue dans le Code du travail

62. La définition de l'article L. 513-1 du Code du travail indique implicitement que les salariés cadres sont « *les salariés qui, ayant acquis une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière, exercent un commandement par délégation de l'employeur.* »

Le second critère donné par le texte, établit la distinction avec les salariés « ingénieurs », qui « *ont une formation équivalente, constatée ou non par un diplôme, mais qui n'exercent pas nécessairement de commandement.* »

En dehors de ces deux catégories de salariés, ainsi que des voyageurs, représentants et salariés, au sens de l'article L. 571-1 du Code du travail, l'alinéa 2 du texte susvisé précise, en substance, que les « employés » et les « ouvriers » correspondent à tous les salariés qui ne remplissent pas les conditions nécessaires pour avoir la qualité de cadre, d'ingénieur ou de VRP.

Dès lors, relèvent de la section de l'encadrement tous les litiges d'ordre individuel, qui surviennent à l'occasion du contrat de travail des salariés qui y sont électeurs, comme des ingénieurs, des cadres, des agents de maîtrise, des voyageurs, représentants et placiers, ainsi que des cadres dirigeants, même si ces derniers sont assimilés à de véritables employeurs au sens des règles d'électorat précitées. En effet, sous réserve de l'existence réelle d'un lien de subordination avec leur employeur, les cadres dirigeants conservent la qualité de salarié au regard du droit du travail, nonobstant leur participation éventuelle à l'élection des conseillers

⁷⁷ Voir les observations de B. TEYSSIE, JCP, 1980, II, 19466

⁷⁸ A. SUPIOT, « Les juridictions du travail » n° 389 et n° 441, Traité de G. H. CAMERLYNCK, t. 9

⁷⁹ J. PERTEK, « Ingénieurs, cadres et conseil de prud'hommes », Droit Social 1987, 717

employeurs. Depuis 1979⁸⁰, les cadres ayant un litige avec leur employeur, à l'occasion de la conclusion, de l'exécution ou de la rupture de leur contrat de travail, ne peuvent donc saisir que le Conseil de prud'hommes (section de l'encadrement)⁸¹, alors qu'auparavant, ils pouvaient choisir d'assigner leur employeur, soit devant le Conseil de Prud'hommes, soit devant le Tribunal de Commerce, soit devant le Tribunal d'Instance.

63. Au plan doctrinal, la carence du législateur a fait naître des réflexions aussi nombreuses que diversifiées sur les subdivisions de la notion de cadre.

Pour certains auteurs⁸², le critère hiérarchique permet de traduire les variations fonctionnelles au sein de la définition du personnel d'encadrement et certains parlent du schéma conventionnel : débutants, confirmés, supérieurs (salariés investis de fonction de direction dans les entreprises ou les groupes d'une taille significative.)

D'autres auteurs distinguent les cadres par nature, les cadres par titre, les cadres par rémunération, et les cadres par la volonté des parties.

D'autres⁸³, encore, se cantonnent à la *summa divisio* des cadres par titre, (cadres par délégation d'autorité de l'employeur, exerçant un commandement ou des fonctions exigeant technicité, initiative et responsabilité) et des cadres par « assimilation »⁸⁴.

64. Sous l'angle de la gestion des ressources humaines, est utilisé le vocabulaire de domaine de compétence pour qualifier un cadre, en faisant référence aux cadres techniques, administratifs, commerciaux...

⁸⁰ Sénat, N° 62, rapport VIRAPOULLE, 1978/79. C'est à l'occasion de la réforme de 1979 que le débat sur la définition des cadres a été le plus tendu et a manifesté des conceptions divergentes entre le législateur et les juges.

⁸¹ J. TRENTESAUX, "Départ, licenciement, jamais sans mon chèque", l'Express, 3 juillet 2003.

Cet article démontre qu'en vingt ans, le nombre moyen de dossiers traités chaque année par la section d'encadrement des Conseils des prud'hommes est passé de 14000 à plus de 23000 et que les trois quarts des sources du contentieux portent sur les conditions de rupture du contrat de travail.

⁸² J. PELISSIER et G. LYON-CAEN, « Droit du travail » Dalloz, 16^{ème} édition, octobre 1992, p. 83

⁸³ G. LYON-CAEN, « Les cadres » Dalloz 1961, chronique XXI p. 115 et 116

A. LE BAYON, « Cadres et agents de maîtrise », Encyclopédie Dalloz de droit du travail, p. 2

⁸⁴ R. BOUIS, « La qualification de cadre et les droits qui en découlent », Revue Pratique de Droit Social n° 311, mars 1971

Les vétérinaires salariés n'ont pas vraiment de reconnaissance du statut-cadre ; la convention collective ne mentionne pas expressément les vétérinaires, mais par assimilation avec les médecins notamment, il convient de reconnaître le statut cadre aux docteurs vétérinaires, sur le niveau de formation. Une certaine ambiguïté a persisté pendant des années, jusqu'au 11 janvier 1981 où la Cour de cassation est venue confirmer ce statut de cadre pour les vétérinaires diplômés.

Les vétérinaires n'ayant pas soutenu leur thèse en France ne sont donc pas considérés comme cadres. Pour les vétérinaires des autres pays de l'Union européenne, l'obtention du diplôme de fin de scolarité est suffisante pour permettre l'accès au statut de cadre du vétérinaire salarié.

Abordant ces questions, la seconde Loi AUBRY⁸⁵, relative à la réduction négociée du temps de travail des cadres, a pris le soin de distinguer trois catégories de cadres au sens de la durée du travail, en opérant un classement fonctionnel des cadres.

II -Les apports de la loi du 19 janvier 2000

65. Souhaitant adapter, concrètement, la réduction du temps de travail à la situation professionnelle des salariés ayant la qualité de cadre, la loi AUBRY II du 19 janvier 2000, reconnaît, pour la première fois, le particularisme de cette catégorie de salariés ainsi que son caractère polymorphe⁸⁶.

Ainsi, pour tenir compte de la spécificité et de la diversité des conditions de travail liées à la nature des fonctions, à l'étendue de l'autonomie et au niveau, plus ou moins élevé, de responsabilités dans l'entreprise, le législateur classe les cadres en trois catégories, en matière de durée du travail, les dirigeants, les intégrés et les autonomes.

Néanmoins, le texte ne définit, véritablement, que la catégorie des cadres dirigeants, laissant aux partenaires sociaux et aux employeurs le soin de préciser le contenu des deux autres catégories de cadres, dans les accords collectifs et les contrats de travail (A), ceci pour permettre, au sein de chaque branche d'activité et entreprise, voire dans chaque cas d'espèce, une mise en œuvre plus réaliste des nouvelles dispositions relatives à la réduction du temps de travail des cadres⁸⁷ (B).

A- Les trois nouvelles catégories de cadres

Nous examinerons successivement, suivant l'ordre du texte, les cadres dirigeants (1), les cadres intégrés à une collectivité de travail (2) et les cadres autonomes (3).

1) Les cadres dirigeants

66. La première catégorie de cadres, visée par la loi, est celle des cadres « dirigeants »⁸⁸. Par l'utilisation de ce terme « dirigeant », le Code du travail semble se référer implicitement

⁸⁵ Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000

⁸⁶ Voir F. FAVENNEC-HERY, « Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? », Liaisons, Coll. Droit vivant, ed. 2003

⁸⁷ M.J. GOMEZ-MUSTEL, « Les cadres et le temps de travail », RJS 3/00

⁸⁸ Art. L. 212-15-1 du Code du travail

au droit des sociétés, qui énonce une liste précise de mandataires sociaux pouvant exercer des fonctions salariées, et notamment d'encadrement, dans l'entreprise.

Le Code des sociétés permet, en effet, à certains mandataires sociaux de cumuler leur mandat social avec l'exercice de fonctions salariées au sein de l'entreprise.⁸⁹

Toutefois, la catégorie des cadres dirigeants ne se réduit pas aux seuls mandataires sociaux autorisés à cumuler leur mandat social avec un emploi salarié au sein de l'entreprise. En effet, l'article L. 212-15-1 du Code du travail dispose que le cadre dirigeant correspond au salarié cadre auquel sont confiées des responsabilités, dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation, de façon largement autonome, et qui perçoit une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise.

Selon ce texte, un salarié cadre n'ayant pas de mandat social, pourrait donc également appartenir à la catégorie des cadres dirigeants, s'il justifie, à la fois d'un niveau très élevé de responsabilité dans la hiérarchie des emplois, d'une très large autonomie de décision et d'organisation de son temps de travail, et d'une des plus hautes rémunérations qui existent dans l'entreprise ou l'établissement qui l'emploie.

Pour déterminer si cette condition est caractérisée, le texte susvisé invite à apprécier le niveau de rémunération du cadre concerné, par rapport à celui de tous les autres salariés de l'entreprise ou de l'établissement, et ce sans faire de distinction entre les « systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise ou l'établissement (salaires, primes, stock-options...) »

67. Par ailleurs, il n'est pas concevable, en pratique, qu'un salarié cadre puisse exercer des fonctions d'encadrement, qui comportent un tel niveau de responsabilité et une aussi large autonomie de décision, sans participer à la prise de décisions stratégiques dans l'entreprise, ni détenir (même implicitement), de l'employeur, une délégation étendue de pouvoirs, lui permettant de prendre, dans son domaine de compétences, à la place et pour le compte de ce dernier, toute mesure d'embauche, de discipline, de licenciement et de relations collectives de travail.⁹⁰

⁸⁹ Art. L. 225-22 du Code de commerce : l'antériorité d'un contrat de travail de deux ans n'est plus exigée mais le texte maintient néanmoins l'obligation d'une préexistence du contrat de travail à la nomination aux fonctions d'administrateur.

⁹⁰ Cass. Crim., 2 mars 1999, Bull. crim., n° 306 qui admet pour la première fois, l'existence d'une délégation de pouvoirs implicite, à propos d'un directeur d'établissement.

Au demeurant, et comme il a été souligné, lors des travaux préparatoires de la loi , « les salariés qui exercent des fonctions de cadre dirigeant ont un rôle de quasi-employeur » et le représentent souvent en matière sociale.⁹¹

68. Pour pouvoir être qualifié de cadre dirigeant et être ainsi assimilé à l'employeur, le salarié concerné doit donc disposer, dans son domaine de compétences, des prérogatives de l'employeur en matière de direction et de discipline, sans avoir à solliciter d'autorisation préalable auprès de ce dernier. En contrepartie de l'autorité et des pouvoirs qui lui sont confiés, il assume la responsabilité pénale du chef d'entreprise, notamment pour les infractions aux règles d'hygiène et de sécurité, dans les conditions et limites fixées par la jurisprudence. Cette exigence d'une délégation générale de pouvoirs est donc essentielle pour déterminer l'appartenance d'un salarié cadre à la catégorie des cadres dirigeants. C'est d'ailleurs au regard de ce critère décisif que la Confédération Générale des Cadres fixe les limites de sa représentation syndicale du personnel d'encadrement, en excluant de celle-ci *« les salariés cadres qui ont notoirement, et de façon permanente, rang et prérogative d'employeur ou délégation générale. »*⁹²

69. C'est également sur la base de ce critère que la jurisprudence détermine, en matière d'élections prud'homales, l'appartenance du salarié cadre au collège des employeurs, conformément à l'article L. 513-1, alinéa 6 du Code du travail.

Bien souvent, la catégorie des cadres dirigeants semble donc se limiter aux seuls cadres (appartenant, par hypothèse, à la catégorie conventionnelle des cadres supérieurs), qui déterminent les décisions stratégiques au sein de l'entreprise et en assument personnellement les conséquences, en qualité de mandataires sociaux, ou en vertu d'une délégation étendue de pouvoirs de l'employeur, en matière de direction et de discipline. Cette définition légale de la notion de cadre dirigeant, paraît conforme à la définition qui en a été donnée par la directive communautaire du 23 novembre 1993⁹³, relative à l'aménagement du temps de travail, laquelle dispose que les cadres dirigeants correspondent aux salariés cadres qui ont « pouvoir de direction autonome ».

70. Concrètement, la preuve de la qualité de cadre dirigeant d'un salarié devra être établie au regard de ses conditions réelles d'emploi au sein de l'entreprise, et ce par tous moyens, que ce soit au vu des dispositions de son contrat de travail (clause de responsabilité et d'autonomie, nature et montant de ses éléments de salaire...) des mentions portées sur son

⁹¹ Rapp. N° 1826, M. GORCE : JOAN 22 juin 1999

⁹² Statuts CGC, Art.3

⁹³ N° 93/104, JOCE n° 307/18, 13 déc.1993

bulletin de paye (avantages en nature et forfait salaire sans référence à un nombre déterminé d'heures de travail), ainsi que de tout autre document précisant la nature de ses fonctions, son niveau de responsabilité et son degré d'autonomie (justificatif de sa qualité de membre du comité de direction ou de sa situation fonctionnelle dans l'organigramme de l'entreprise⁹⁴)

La définition des cadres dirigeants s'appuie donc sur trois critères cumulatifs :

- l'exercice de responsabilités dont l'importance implique une grande indépendance dans l'organisation de son emploi du temps,
- l'existence d'une habilitation à prendre des décisions de façon largement autonome,
- le versement d'une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés pratiqués dans l'entreprise ou l'établissement.

(Ce n'est donc pas, dans l'absolu, le montant de la rémunération qui est pris en compte, mais bien la position de cette rémunération dans l'échelle des salaires.)

Selon les travaux préparatoires de la loi du 19 janvier 2000, il est nécessaire de cumuler ces trois critères⁹⁵ car aucun de ces derniers, considéré, isolément, ne suffit à établir la qualité de cadre dirigeant. La définition est donc très restrictive et se limite nécessairement à un très petit nombre de cadres dans l'entreprise.

2) Les cadres intégrés à une collectivité de travail

71. Cette seconde catégorie correspond aux cadres intégrés à un service, à un atelier ou à une équipe, dont ils suivent l'horaire collectif de travail. Plus précisément, « *les cadres intégrés sont des salariés ayant la qualité de cadre, au sens des conventions collectives de branche ou du premier alinéa de l'article 4 de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, qui sont occupés selon l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés et pour lesquels la durée de leur temps de travail peut être prédéterminée*⁹⁶ »

Il résulte du texte que, pour appartenir à cette catégorie, le salarié concerné doit remplir trois conditions :

- Il doit exercer au sein de l'entreprise des fonctions qui correspondent effectivement à un emploi d'encadrement au sens des conventions collectives de branche ou de l'article 4 de

⁹⁴ Cass. Soc., 15 déc. 1971, Bull. civ. V, n° 735 admettant que la qualité de cadre dirigeant puisse être attestée notamment par l'importance des fonctions et de la rémunération du salarié cadre.

⁹⁵ P.H. ANTONMATTEI, « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois ! », Dr. Soc., 12 décembre 1999

⁹⁶ Art. L. 212-15-2 du Code du travail

la Convention collective nationale de retraite complémentaire et de prévoyance des cadres (AGIRC) du 14 mars 1947.

-Il doit faire partie, au sein de l'entreprise, d'une collectivité homogène de salariés, dont il a la responsabilité ou dont il partage l'intérêt. Par ailleurs, il doit être soumis au même horaire collectif de travail que celui applicable à ce groupe de salariés : peu importe que le rythme de travail du salarié cadre ne s'identifie pas exactement ou en permanence à cet horaire collectif⁹⁷.

- Enfin, il doit justifier que la durée du travail correspondant à l'horaire applicable au groupe de salariés et, par voie de conséquence, à lui-même, soit prédéterminable.

En soumettant, ainsi, ces cadres au respect de l'horaire collectif de travail applicable à la collectivité de salariés placés sous leur direction, le législateur restreint d'autant la liberté d'organisation de leur temps de travail, en les cantonnant dans leur rôle traditionnel de personnel d'encadrement, au sens strict du terme, sans évoquer leurs fonctions d'expertise, d'étude et de conseil.

72. Il convient, dès lors, de définir, l'étendue de cette catégorie, au sein des cadres de l'entreprise. Si l'on s'en tient à la première condition, posée par le texte légal susvisé, un salarié sera exclu, de cette catégorie de cadres, s'il relève, en réalité, seulement de la catégorie des salariés visés par l'article 4 bis de la Convention collective nationale de retraite complémentaire et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, communément dénommés « assimilés cadres ». Par ailleurs, au regard des autres conditions, il faudrait également exclure de cette catégorie, les salariés qui dirigent plusieurs services, soumis à un horaire collectif différent. Il en serait de même des salariés, ayant la responsabilité de plusieurs équipes ou ateliers, dont le temps de travail ne peut être prédéterminé, ou dont ils n'adoptent pas pour autant l'horaire.

Or, cette dernière hypothèse tend à se généraliser, en raison de la pratique, de plus en plus répandue, des horaires individualisés, y compris pour les cadres, notamment, dans les entreprises industrielles, où le salarié cadre dirige le travail de plusieurs équipes successives en horaires postés, au sein d'un ou plusieurs ateliers. Aussi, est-il probable qu'en raison du mode de fonctionnement d'un nombre important d'entreprises françaises, la conjugaison de l'ensemble des critères précités conduise à marginaliser cette catégorie légale de « cadres

⁹⁷ Circ. DRT 3 mars 2000, précisant qu'au-delà de l'horaire collectif, les cadres intégrés à une collectivité de travail sont amenés à effectuer des heures supplémentaires en nombre limité pour permettre le passage de consignes, la rédaction de rapports d'activité ou la préparation du travail du ou des jours suivants.

intégrés » et, à renvoyer la très large majorité de salariés, ayant la qualité de cadre, dans la troisième catégorie légale, celle des cadres autonomes.

En conséquence de ces exclusions, la catégorie se limite, donc, aux cadres soumis au même horaire collectif que les autres salariés, qui sont intégrés à une équipe de travail, et dont l'horaire est susceptible d'être prédéterminé, ce sont les cadres de proximité (chefs de service qui encadrent des équipes de travail et sont soumis aux mêmes contraintes de présence⁹⁸). Cette définition exclut manifestement les cadres travaillant à la mission, tels les journalistes et les ingénieurs, qui, bien qu'intégrés à une collectivité de travail, sont soumis à des horaires aléatoires.

73. La loi relative « aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi », dite Loi FILLON du 17 janvier 2003⁹⁹ a modifié ainsi qu'il suit cette définition : salariés ayant la qualité de cadre, au sens des conventions collectives de branche ou du premier alinéa 4 de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, dont la nature des fonctions les conduit à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés. Toute référence au critère de prédétermination du temps de travail est donc supprimée.

Ainsi, à l'article L. 212-15-2 du Code du travail, les mots « *occupés selon l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel sont intégrés et pour lesquels la durée du travail peut être prédéterminée* » sont remplacés par les mots : « *dont la nature des fonctions les conduit à suivre l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier, du service ou de l'équipe auquel ils sont intégrés* »

Selon le gouvernement, la notion de cadre intégré, fondé sur le suivi strict de l'horaire collectif, est trop rigide. Elle ne suffit pas à caractériser la situation des cadres intégrés qui « *dans les faits, compte tenu des fonctions qui peuvent leur être confiées, sont parfois amenés à effectuer des heures supplémentaires en nombre limité pour permettre la transmission de consignes ou préparer le travail des jours suivants.* »

Par conséquent, il est possible que la durée du travail de ces cadres ne soit pas totalement prédéterminée et n'épouse pas parfaitement les contours de l'horaire collectif, sans que cet horaire perde pour autant son rôle dans le rythme de travail des cadres.

Dans le souci d'une meilleure prise en compte des spécificités de cette catégorie de salariés, il est donc apparu opportun de remplacer la notion de cadre intégré, fondée sur le suivi de

⁹⁸ Rapport Ass. Nat. n° 1826, 1er octobre 1999

⁹⁹ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003

l'horaire collectif, trop rigide et qui ne rend pas compte avec suffisamment de pertinence de la réalité du travail des cadres, par le critère de la nature des fonctions exercées, duquel découle logiquement la structure du temps de travail des catégories de cadres concernés, et leur rapport à l'horaire collectif de travail.

La dernière catégorie de la loi AUBRY regroupe les cadres qui n'entrent pas dans les deux autres catégories.

3) Les cadres autonomes

74. Les membres de cette catégorie, qui présente la particularité d'être définie par défaut, ont été dans le langage doctrinal, surnommés les « ni...ni »¹⁰⁰.

Selon le Code du travail, cette catégorie résiduelle (bien que non négligeable en effectifs) recouvre tous les salariés cadres dont les conditions d'emploi ne correspondent pas à celles des cadres dirigeants¹⁰¹ ou à celle des cadres intégrés à une collectivité de travail¹⁰².

L'article L. 212-15-3, dispose, en effet, que celle-ci regroupe « *les salariés ayant la qualité de cadre au sens des Conventions collectives de branche ou du premier alinéa de l'article 4 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et qui ne relèvent pas des dispositions des articles L. 212-15-1 et L. 212-15-2...* »

Le caractère autonome des cadres faisant partie de cette troisième catégorie n'est pas explicitement mentionné dans le Code du travail, mais, il s'impose, logiquement, par déduction. En effet, en précisant, que ces cadres ne relèvent pas de la catégorie des cadres intégrés à une collectivité de travail, et en conférant, à ces derniers (du fait de leur rattachement fonctionnel à cette collectivité) une liberté de décision et d'organisation de leur travail, plus réduite que celle dont disposent les cadres dirigeants, le législateur reconnaît, implicitement, que les cadres de cette troisième catégorie conservent une réelle autonomie de fonctions, tout au moins dans la gestion de leur emploi du temps.

La situation intermédiaire de ces cadres, pour l'organisation du temps de travail, s'explique aisément par le fait qu'ils sont employés pour réaliser une ou plusieurs missions décrites dans leur contrat de travail, qu'ils ne disposent ni d'une aussi large autonomie dans l'exercice de

Voir, A. DERUE, D. JOURDAN, M. MORAND, F. FAVENNEC-HERY, « Le point sur la loi Fillon II », Semaine Sociale Lamy, supplément n° 1122, mai 2003

¹⁰⁰ P. H. ANTONMATTEI, « Les cadres et les 35 heures : la règle de trois ! », Droit Social décembre 1999

¹⁰¹ Au sens de l'article L. 212-15-1 du Code du travail

¹⁰² Au sens de l'article L. 212-15-2 du Code du travail

leurs fonctions, ni d'un niveau de rémunération et de responsabilité aussi élevé, que les cadres dirigeants.

Au demeurant, les débats parlementaires, ont clairement intégré dans cette catégorie, les cadres commerciaux ainsi que les cadres rattachés à la direction générale de l'entreprise et ayant en charge la gestion de projets, insusceptibles de décompter leur temps de travail en heures. Concrètement, les salariés appartenant à la catégorie des cadres autonomes, correspondent aux cadres dont l'horaire et la durée du travail ne peuvent pas être matériellement prédéterminés ou décomptés sur une base horaire, ou contrôlés. Tel est le cas lorsque ces salariés déterminent eux-mêmes leurs horaires de début et de fin du travail, ainsi que la durée de celui-ci. L'autonomie de ces cadres doit donc être bien réelle, ce qui exclut que l'organisation de leur emploi du temps puisse résulter des seules directives de l'employeur.

De ce point de vue, outre les cadres qui exercent des fonctions commerciales, il faut intégrer à la catégorie, les cadres qui dirigent plusieurs services soumis à un horaire collectif différent, ainsi que ceux ayant la responsabilité de plusieurs ateliers ou équipes, dont ils ne suivent pas l'horaire collectif de travail.

Un accord collectif doit d'ailleurs définir la population concernée et expliciter les raisons de l'autonomie horaire. S'agissant du forfait annuel en jours, l'accord doit définir les cadres concernés pour lesquels la durée du travail ne peut être prédéterminée.¹⁰³

75. Toutefois, la loi relative « aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi », dite Loi FILLON¹⁰⁴, a supprimé la référence à l'impossibilité de prédéterminer la durée du travail, du fait des fonctions ou des responsabilités exercées par les cadres bénéficiant d'une convention de forfait annuel en jours. Les catégories de cadres concernés par ce type de forfait sont celles dont la nature des fonctions implique une réelle autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

En première lecture, le Sénat a encore assoupli le texte, afin d'augmenter le nombre de cadres pouvant bénéficier d'un forfait annuel en jours ; relèvent de la catégorie des cadres autonomes, ceux définis comme tels par l'accord, au regard de leur autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps.

Cette formule permet de sécuriser les accords (nombreux) qui prévoient un large recours au forfait en jours.

¹⁰³ P. H. ANTONMATTEI, « Les cadres et les 35 heures : de la règle de trois à la règle de quatre », février 2000

¹⁰⁴ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003

76. Par conséquent, l'étude comparative, de la récente classification légale et des classifications conventionnelles des cadres, révèle qu'il n'existe pas d'homogénéité entre elles, à l'exception, de la catégorie des cadres dirigeants, qui s'identifie, dans tous les cas, aux seuls cadres supérieurs disposant, soit d'un mandat social, soit d'une large délégation de pouvoirs de l'employeur. L'explication de cette absence de parallélisme tient, manifestement, à la finalité différente de ces deux types de classifications et, partant, de leurs critères respectifs.

En effet, contrairement à la seconde loi AUBRY, qui ne s'emploie à définir les différentes catégories de cadres qu'au regard de la réglementation relative à la durée du travail, en classant ces salariés en fonction notamment de leur autonomie dans la gestion de leur emploi du temps, de leur soumission ou non à un horaire collectif prédéterminé et de la nature de leur forfait de salaire, la plupart des dispositions conventionnelles propres au personnel d'encadrement définissent plus largement les différentes catégories de cadres, pour l'application de l'ensemble de leurs dispositions, en s'attachant au niveau de qualification de ces salariés, à l'étendue de leur pouvoir de commandement, de leurs responsabilités et de leur autonomie dans l'exercice de leurs fonctions.

C'est ainsi que les cadres appartenant à la même catégorie conventionnelle (cadres débutants, cadres expérimentés, ou cadres supérieurs non-dirigeants) peuvent être rattachés, pour l'application de la législation sur la durée du travail, aussi bien à la catégorie légale des « cadres intégrés » qu'à celle des « cadres autonomes ». De même, les cadres appartenant, dans l'entreprise, à la catégorie conventionnelle des cadres supérieurs, ne seront pas, nécessairement, tous rattachés à la catégorie légale des cadres dirigeants. Ainsi les employeurs doivent-ils gérer leur personnel d'encadrement conformément à la classification conventionnelle qui leur est applicable, mais aussi veiller à respecter la classification légale, en matière de durée du travail, sauf à s'exposer à des dommages et intérêts, voire des sanctions pénales.

Il est donc utile de s'intéresser à la mise en œuvre pratique de cette répartition tripartite.

B- La mise en application de la nouvelle classification légale

77. Les responsabilités attachées aux fonctions des cadres sont souvent synonymes, d'une disponibilité de tous les instants, peu compatible avec le respect d'une quelconque réglementation de la durée du travail. Manifestement, le travail des cadres, de nature avant

tout intellectuelle et relationnelle, se prête traditionnellement mal à la régulation et au contrôle, c'est la raison pour laquelle on parle, pour les cadres, de « charge de travail » plutôt que de temps de travail.¹⁰⁵

78. Quoiqu'il en soit, les horaires de travail extensibles, couramment pratiqués par les cadres, ne reposent a priori sur aucune base légale. Plus précisément, en l'état actuel du droit positif, il convient d'opérer une distinction, au sein des cadres, entre deux groupes.

Dans la première catégorie, une minorité de cadres de haut niveau, regroupant les cadres de direction, cadres supérieurs, et pour une grande partie du personnel d'encadrement, les cadres autonomes¹⁰⁶, pour lesquels la jurisprudence et l'Administration du Travail admettent qu'ils ne soient pas soumis à un horaire précis et déterminé, en raison de la nature de leurs fonctions, de leur niveau de responsabilité, de l'importance de leur rémunération, (laquelle revêt alors un caractère globalement forfaitaire), et de la large indépendance, dont ils bénéficient, dans l'organisation de leur temps de travail.

Dans la deuxième catégorie, le reste du personnel d'encadrement qui est, en revanche, pleinement soumise à la législation relative à la durée du travail, aux heures supplémentaires et aux repos compensateurs.

En pratique, la frontière entre ces deux catégories de cadres n'est pas facile à tracer, ne serait-ce qu'en raison de l'imprécision de la notion de « cadre supérieur » et de la difficulté à classer les ingénieurs- chercheurs, et les cadres commerciaux, dans l'une de ces catégories.

79. Il n'en demeure pas moins vrai, qu'une partie des cadres est ainsi tenue au respect de la réglementation de la durée du travail, et c'est d'ailleurs sur cette base juridique que l'on a pu assister à une multiplication des contrôles et des procès-verbaux, dressés par l'Inspection du travail, dont le retentissement médiatique a causé une prise de conscience accélérée dans nombre d'entreprises.

80. La loi relative à la réduction négociée du temps de travail dite « loi AUBRY II » a donc reconnu la spécificité du temps de travail des cadres, mais les négociations collectives ont provoqué des tensions, du fait de la complexité des règles légales à mettre en œuvre, malgré les clarifications de la loi du 19 janvier 2000¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Ut Infra, 1ère partie

¹⁰⁶ Cass. Soc., 19 mars 2003, Droit Social Juillet/août 2003, observations J. BARTHELEMY. Lorsqu'un salarié a une grande liberté dans son emploi du temps, un niveau élevé de responsabilité et de rémunération, une Cour d'appel peut décider qu'aucun décompte objectif de ses horaires de travail n'est possible et que la rémunération tient compte de toutes les heures qu'il a pu être amené à effectuer.

¹⁰⁷ F. LEMAITRE, « Le Monde » du 1^{er} février 2000 qui estime que l'un des points qui donnera lieu aux plus grandes difficultés dans les négociations de branche et d'entreprise sera le régime des cadres.

Dès lors, les branches et les entreprises ont aménagé, diversement, selon la catégorie à laquelle appartiennent les cadres, le régime juridique de leur temps de travail.

Les conflits résultent certainement de la méthode adoptée par le législateur. De par le recours à la négociation, elle exclut l'idée d'une définition générale et uniforme des cadres, mais sans préserver, pour autant, les intérêts d'une catégorie professionnelle polymorphe.¹⁰⁸

81. Les partenaires sociaux ont, essentiellement, au niveau des branches, procédé à l'identification des salariés qui relèvent de chacune des catégories, car, de nombreux accords d'entreprise n'opèrent pas globalement de distinction entre les catégories de cadres, sauf dans certaines grandes entreprises¹⁰⁹. Ainsi, les branches se sont attachées à définir le contenu de la catégorie des cadres dirigeants, de façon à circonscrire les fonctions exclues du champ d'application de la réduction du temps de travail.

82. Certains accords les distinguent, par l'importance et la nature des fonctions exercées, impliquant autonomie et responsabilité dans la réalisation de leur mission. Mais ces fonctions sont souvent identifiées par la délégation de pouvoir ou l'exercice de certaines prérogatives attachées au pouvoir de direction¹¹⁰. Les salariés visés sont précisément désignés, tels les membres du comité de direction des entreprises et les directeurs ou les directeurs associés¹¹¹.

83. D'autres précisent qu'il s'agit de salariés, qui ne votent pas aux élections professionnelles, car ils peuvent être assimilés, de par les pouvoirs qu'ils détiennent, à l'employeur.¹¹²

84. La distinction entre les cadres dirigeants et les autres catégories s'appuie également sur les accords de classifications. Ainsi, les cadres dirigeants ou non sont identifiés par référence à un niveau de la grille ou parce qu'ils se situent en dehors de celle-ci¹¹³. Ces clauses peuvent être contestables par le fait qu'elles risquent d'élargir le contenu d'une catégorie, qui par définition, doit être limitée.

¹⁰⁸ B. TEYSSIE « Les cadres : généralités, existence du cadre, et identification du cadre » JCP, E, 1995 n° 51-52 p. 505

¹⁰⁹ Accord CAP du 18 octobre 1998 qui concerne environ 30000 salariés. Le régime juridique du temps de travail de l'encadrement est très précisément défini

¹¹⁰ Accords suivants : charcuterie industrie du 18 novembre 1999, alimentation, habillement...

¹¹¹ Accords Parcs de loisirs, Crédit Agricole, Laboratoires d'analyses médicales du 11 novembre 1999 : les cadres dirigeants sont les directeurs salariés associés du laboratoire et autres cadres salariés qui n'exercent pas la fonction de directeur.

¹¹² Accord imprimeries de labeur et industries graphiques : les cadres de direction participent au comité de direction, exercent des prérogatives directes de l'employeur par délégation et ne votent pas aux élections professionnelles.

¹¹³ Les accords de branche identifient les emplois des cadres dirigeants par renvoi à la grille de classifications de la convention collective de branche. Il en est ainsi des accords précités.

85. D'autres accords font référence aux minima conventionnels de rémunération ainsi qu'au forfait¹¹⁴. Des clauses précisent que le forfait, sans référence horaire, est un critère d'identification des cadres dirigeants, complétant ce critère par le niveau de classification. Les négociateurs définissent, dès lors, la notion de forfait pour en préciser les règles, dans l'intérêt des salariés et des entreprises. Il est ainsi souligné que la nature des fonctions exercées et le haut niveau de responsabilité dont sont investis les cadres dirigeants, impliquent une large indépendance dans l'organisation de leur temps de travail : le montant élevé de leur rémunération prend en compte non seulement les sujétions résultant de leurs responsabilités, mais aussi les contraintes auxquelles ils sont soumis dans l'organisation de leur mission. Toute référence horaire est donc exclue. Ces dérogations conventionnelles, au régime juridique de la rémunération, s'accompagnent parfois de garanties. En effet, certains accords stipulent que le forfait négocié dans le contrat de travail doit prévoir des contreparties, tels que des temps de repos, l'abondement d'un compte épargne ou tout autre avantage au moins équivalent.

86. Enfin, quelques accords se contentent de reprendre les définitions légales sans même y apporter de précisions, ce qui laisse alors un large pouvoir de requalification au juge lors des contentieux, fréquents, pour paiement d'heures supplémentaires^{115 116}.

¹¹⁴ Accord sur la restauration rapide

¹¹⁵ Accord MFPM, « Manufacture Française des pneus Michelin » du 19 décembre 2000 a précisé les cadres qui étaient considérés comme des cadres dirigeants et donc exclus de la réduction du temps de travail, en reprenant la définition légale. Pour les deux autres catégories de cadres, c'est-à-dire les cadres autonomes et les autres cadres, l'accord reprend les définitions légales mais ne précise pas exactement les salariés concernés.

¹¹⁶ Voir Cass. Soc., 26 mai 2004, n° 02-18. 756, Féd. Des Industries chimiques CGT et a. c/ Sté Michelin et a. La Cour de cassation a rendu sa première décision, le 26 mai 2004, sur la définition conventionnelle des cadres autonomes au forfait jour au sens de la loi Aubry II du 19 janvier 2000. Concernant l'accord de RTT signé le 2 avril 2001 entre la manufacture française des pneumatiques Michelin et la fédération chimie énergie CFDT, la chambre sociale précise que cette définition peut se contenter de reprendre les critères légaux sans les détailler, ni lister par avance les catégories de cadres concernés.

En l'espèce, la CGT, non signataire, demandait l'annulation de l'accord, invoquant notamment l'insuffisance de la définition des cadres autonomes au forfait jour au regard des exigences légales. Le Code du travail, à l'article L. 212-15-3 exige en effet que l'accord définisse les catégories de cadres concernés par le forfait jours, tel ne serait pas le cas, selon le pourvoi, de l'accord Michelin qui se réfère « aux cadres de l'entreprise, dont le rythme de travail ne peut pas épouser, en raison de la mission générale qui leur est confiée, celui de l'horaire collectif applicable dans le service qu'ils dirigent ou auxquels ils sont affectés et dont en raison de l'autonomie nécessaire à leurs fonctions, la durée de leur temps de travail ne peut être prédéterminée ».

La Cour de cassation ne l'entend pas ainsi ; elle note que « l'accord collectif, après avoir distingué les cadres dirigeants des cadres dont l'horaire est prédéterminé, définit les cadres autonomes qui ne relèvent d'aucune de ces catégories comme étant ceux dont le rythme de travail ne peut, en raison de leur mission, être soumis à l'horaire collectif de travail du service qu'ils dirigent ou auquel ils sont affectés. Par conséquent, l'accord ne doit pas nécessairement délimiter à l'avance, en détaillant une série des critères, les catégories de cadres concernés, le juge exerçant, lorsqu'il est saisi, un contrôle à posteriori.

Précisons que cet arrêt garde toute sa portée avec la loi Fillon du 17 janvier 2003 puisque celle-ci maintient le critère de l'autonomie et l'exigence de définition des catégories de cadres concernés.

87. Ces accords de branche présentent donc un grand intérêt pour la définition des différentes catégories de cadres ; toutefois, les classifications soulèvent des difficultés de mise en œuvre lorsqu'elles se heurtent à celles figurant dans d'autres textes conventionnels.

De même, il faut évoquer les difficultés qui risquent de se présenter quant à l'articulation entre la convention collective de branche et l'accord de réduction du temps de travail, dès lors que des définitions fonctionnelles des cadres, présentes dans ces textes, et applicables concurremment dans les entreprises qui en relèvent, ne vont pas se recouper. La comparaison entre les différentes définitions s'avère par conséquent, nécessaire, et en cas de conflit¹¹⁷, bien souvent, l'application du principe de la disposition la plus favorable s'imposera¹¹⁸. C'est pourquoi, pressentant la difficulté, certains accords de réduction du temps de travail se sont abstenus d'identifier précisément les catégories de cadres et ont renvoyé aux définitions contenues dans la Convention collective nationale et l'accord de classification.

88. Une autre difficulté apparaît, quant à la répartition des rôles entre la branche et l'entreprise. En effet, des accords de branche de réduction du temps de travail mettent l'accent sur le caractère trop général et imprécis de la dénomination « personnel d'encadrement » pour recouvrir la diversité des fonctions confiées à ce personnel, renvoyant à la négociation d'entreprise, pour définir, de façon objective et précise les salariés qui doivent entrer dans l'une ou l'autre des catégories. De fait, si l'accord de branche ne définit rien, il revient à l'accord d'entreprise de le faire.

Il faut s'interroger sur la portée de telles clauses, alors que la loi « AUBRY II » confie explicitement ce rôle, s'agissant des cadres non dirigeants, à la convention collective de branche.

L'accord d'entreprise a, au regard des textes, une fonction accessoire de celle impartie à la branche : il peut certes désigner les fonctions, entrant dans chaque catégorie énumérée par la branche, selon les métiers de l'entreprise, mais en tout état de cause, en respectant les critères légaux et ceux de la convention de branche, qui, elle, a une fonction fondamentale

89. Il apparaît de surcroît, à l'analyse de la situation des cadres, dans les accords de branche, que certaines clauses sont contestables. Ainsi, s'agissant de l'application du forfait en jours, la loi fait référence aux seuls cadres non dirigeants et non intégrés à un service, alors que des accords de branche étendent ce type de forfait à d'autres catégories de cadres¹¹⁹...

¹¹⁷ Le conflit sera difficile à résoudre lorsque la CCN aura un caractère obligatoire et non facultatif

¹¹⁸ Art. L. 135-2 du Code du travail

¹¹⁹ Par exemple, les accords Métallurgie et textes précités, Ut Supra

Il en est de même des clauses élargissant le forfait, sans référence horaire, à des salariés qui ne répondent pas aux critères légaux.¹²⁰

Face à une absence de définition légale, uniforme, du cadre en droit français, il importe de se tourner vers le droit international et le droit communautaire, susceptibles de fournir un apport important sur les frontières de la notion.

Section 3- La place de la notion en droit comparé

90. Le droit français n'est pas le seul à accorder aux cadres une place particulière, ainsi que nous allons le découvrir, au travers de différents exemples étrangers.

La distinction cadres / non cadres est, en effet, perceptible dans d'autres Etats de l'Union Européenne : suivant une démarche identique, à partir des données techniques, psychologiques et sociologiques, l'accent est mis sur les fonctions, les pouvoirs, l'autonomie, la responsabilité, la rémunération ; seulement la notion de cadre reste spécifique à la France et ne peut s'harmoniser avec les autres pays.

91. En Allemagne, la loi identifie, au sein du groupe des employés, les cadres dirigeants et les cadres moyens. La loi portant constitution sociale de l'entreprise exclut formellement les cadres dirigeants de son champ d'application, de sorte que le conseil d'entreprise n'a pas droit de regard sur leur situation ; ils sont, par nature, hors convention collective et leur contrat de travail individuel ne relève pas des dispositions de celle-ci.

Le Tribunal Fédéral du Travail identifie le cadre dirigeant à travers un faisceau d'éléments, empruntés à une activité, tels l'esprit d'entreprise, des fonctions qui laissent à l'intéressé une importante marge de manœuvre dans le processus de décision, ou l'exécution de tâches qui créent des responsabilités particulières, vis-à-vis de l'entreprise et de la société. Reprenant une définition jurisprudentielle, la loi énonce, dans sa rédaction du 23 décembre 1988 : *« est un cadre dirigeant celui qui est habilité à embaucher ou à congédier, de sa propre autorité, des salariés occupés dans l'entreprise, ou dispose d'un pouvoir général lui permettant d'agir au nom de celle-ci, ou encore est chargé de fonctions importantes pour son maintien et son développement, supposant une expérience et des connaissances particulières, car les décisions qui seront prises le seront sans directive ou du moins sans qu'autrui intervienne pour les influencer de manière significative. »*

¹²⁰ Ut Infra, 1^{ère} partie

La jurisprudence et la doctrine allemandes estiment, majoritairement, que le cadre dirigeant est un travailleur parasubordonné, qui appartient à la catégorie des travailleurs indépendants, ou, plus exactement, qu'il s'agit d'une sous-catégorie ayant besoin de protections plus importantes que celles accordées à l'ensemble des travailleurs indépendants.¹²¹

92. En Belgique, une distinction est légalement établie entre, d'une part, l'ensemble des employés, d'autre part, ceux qui bénéficient des revenus les plus élevés ou sont en étroite relation avec leur employeur, singulièrement en raison des délégations de pouvoir dont ils bénéficient. Ainsi la loi belge de 1978, relative au contrat de travail, accroît-elle la durée de la période d'essai applicable aux salariés dont la rémunération excède un certain seuil, et soumet-elle le préavis à des délais particuliers. De même, une loi de 1971 sur le travail exclut l'application des dispositions, relatives au temps de travail et de repos, à l'égard des cadres investis d'« un poste de direction ou de confiance. »

L'arrêté royal belge de 1978, relatif au conseil d'entreprise et au comité d'hygiène et de sécurité, range également dans la catégorie du personnel de direction, les salariés chargés de la gestion de l'entreprise, qui ont le pouvoir de représenter et d'engager l'employeur.

93. Au Danemark, il est fait référence à la notion de cadre par plusieurs textes,¹²² avec la définition suivante « *c'est celui qui, exclusivement ou essentiellement dirige ou contrôle, pour le compte de l'employeur, le travail dans l'entreprise ou une partie de celle-ci* ».

94. En Espagne, un décret-loi royal du 1^{er} août 1985, est consacré aux relations de travail concernant les personnels de niveau supérieur, à savoir les salariés qui exercent des pouvoirs importants qu'ils mettent en œuvre de manière autonome, sous leur seule responsabilité, en ayant simplement l'obligation de respecter les instructions qui leur ont été directement données par l'organe suprême de direction de l'entreprise.

95. En Grande Bretagne, les pouvoirs publics ont établi des classifications de salariés par profession ; parmi les catégories professionnelles identifiées, figure le groupe des cadres. Bien que la notion de travailleur parasubordonné ne soit pas employée, la législation anglaise récente a introduit la catégorie du « worker » à mi-chemin entre celle de travailleur salarié et celle de travailleur indépendant. Globalement, la législation récente prévoit un système de protection structuré, qui s'éloigne en partie de la distinction classique entre les notions de travail salarié et travail indépendant.

96. En Italie, le Droit distingue trois catégories de salariés¹²³ : les cadres dirigeants (dirigenti), les employés techniques d'encadrement administratif et de bureau (impiegati) et

¹²¹ Ut Infra, 2^{ème} partie

¹²² Par exemple la loi n°681 du 23 décembre 1975 relative au milieu du travail

les travailleurs manuels (operai). Certaines conventions collectives italiennes réservent, parfois, une place particulière¹²⁴ aux cadres.

Les cadres dirigeants sont définis par la nature de leurs fonctions et l'étendue des responsabilités qu'ils assument ; ils sont les représentants directs de l'employeur à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise.

Le droit italien a aussi instauré une catégorie « hybride » de salarié, catégorie intermédiaire entre celle du salarié et celle de cadre qui existe depuis maintenant trente ans ; il s'agit d'un travailleur économiquement dépendant ou travailleur parasubordonné. Comme l'Allemagne, la doctrine introduit le terme de « travail parasubordonné » pour définir justement des formes de travail indépendant ayant des caractéristiques particulières qui les rapprochent du travail salarié. Cette catégorie bénéficie ainsi de certaines dispositions du salariat.¹²⁵

97. Aux Pays-Bas, les conventions collectives définissent le groupe des cadres par le jeu des critères empruntés aux niveaux de rémunération et à la nature des fonctions exercées.

Il existe également un vaste débat, autour de l'existence des travailleurs économiquement dépendants. Sont considérés comme « des travailleurs économiquement dépendants », les travailleurs formellement indépendants, mais qui dépendent, pour leur revenu, d'un seul commanditaire, et exécutent des travaux pour lesquels sont normalement employés des travailleurs salariés. Il n'existe, toutefois, pas de lois spécifiques, ni de projets de loi pour modifier la bipartition entre travail salarié et travail indépendant par l'introduction de la notion de travailleur économiquement dépendant.

98. Au Portugal, la pratique identifie des cadres comme les titulaires de fonctions de responsabilité.

99. En Suède, les partenaires sociaux ont élaboré un système de classification des tâches, qui identifie les niveaux « cadres. »

Une telle permanence de la notion, au sein des états membres de la communauté européenne, ne pouvait que déboucher sur une consécration par le droit communautaire (I) et même en droit international (II).

¹²³ Art 2195 du Code civil italien

¹²⁴ Convention collective nationale Italienne de 1979 applicable à la métallurgie (secteur privé) au profit des salariés investis de fonctions spécifiques qui assument des tâches de direction et sont dotés du droit de prendre des initiatives et des décisions dans la limite des directives générales à eux données.

¹²⁵ Ut Infra, 2^{ème} partie

I-Le cadre dans le droit communautaire

Le cadre est présent auprès des autorités européennes (A) ; trois critères sont mis en avant dans sa définition (B).

A- La représentation du cadre auprès des autorités européennes : CEC, Eurocadres, Comité d'Entreprise Européen

100. La présence, dans les divers Etats de l'Union européenne, d'organisations professionnelles propres aux cadres a trouvé son prolongement dans la constitution de la Confédération européenne des cadres (la CEC), laquelle rassemble des organisations françaises, allemandes, italiennes, anglaises, danoises, belges, espagnoles, autrichiennes, luxembourgeoises, néerlandaises, portugaises, norvégiennes, suédoises. Créée en 1989, la Confédération européenne des cadres regroupe à la fois des organisations nationales interprofessionnelles représentant les cadres et des fédérations professionnelles à caractère européen ou international¹²⁶.

S'attachant à la défense des cadres, la CEC a pour but de devenir « la seconde expression salariale » dans l'Europe sociale, à côté de la Confédération Européenne des salariés (la CES, qui entend toutefois représenter tous les salariés sans exception, et notamment les cadres).

Pour la Confédération européenne des cadres, réussir à s'imposer comme acteur européen est malaisé car, comme nous l'avons évoqué précédemment, la notion de cadre, si elle est présente dans tous les Etats de la communauté¹²⁷, n'est pas homogène.

Ses attributions sont diverses, allant de l'association au processus de consultation sur l'action de la Communauté en matière sociale à la participation aux négociations susceptibles de conduire à la conclusion d'accords de niveau communautaire...

101. Parallèlement, il existe le Conseil des cadres européens (Eurocadres), qui est une émanation de la CES, regroupant les cadres syndiqués au sein des organisations nationales

¹²⁶ telles que l'Association européenne des cadres des banques ; la confédération internationale de la représentation commerciale de la Communauté européenne ; la fédération européenne des cadres de la chimie et des industries annexes ; la fédération européenne des cadres de l'énergie et de la recherche ; la fédération européenne des cadres de l'énergie et de la recherche ; la fédération européenne de l'encadrement et de la métallurgie ; la fédération européenne du personnel d'encadrement ; la fédération internationale des cadres ; la fédération internationale des cadres des transports.

¹²⁷ B. TEYSSIE, « Droit européen du travail », Litec, 2002

membres, de tous les pays européens, appartenant à tous les secteurs d'activité, services publics compris.

102. La présence des cadres est également perceptible dans la directive du 22 septembre 1994¹²⁸ sur l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises et les groupes de dimension communautaire, en vue d'informer et de consulter les travailleurs. Bien que les ingénieurs et cadres ne soient pas expressément visés, ils peuvent être représentés au niveau du comité de groupe, qui doit être constitué lorsque plusieurs sociétés commerciales forment un groupe au sens de l'article L. 439-1 du Code du travail¹²⁹. Une résolution du Parlement européen, en date du 25 juin 1993, sur la situation des cadres dans la Communauté européenne, anticipant une directive du 23 novembre 1993 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail¹³⁰, les définit comme « *des salariés assumant, du fait de leur emploi, soit une fonction ou délégation extérieure, technique ou commerciale, exercée au nom de leur employeur, soit un commandement, soit une responsabilité, et dont les fonctions se caractérisent notamment par des responsabilités supérieures à celles des autres salariés ainsi que par un haut niveau de qualification, de compétence et d'efficacité dans la gestion de l'entreprise ou de l'organisme où ils exercent leurs fonctions.* »¹³¹. Ainsi, les salariés cadres de ces entreprises pourront se voir représenter au comité de groupe par certains d'entre eux, siégeant, soit en tant qu'assistant du chef de l'entreprise dominante, soit en qualité de représentant du personnel d'encadrement de l'ensemble des sociétés composant le groupe.

B- Les éléments empruntés aux fonctions, aux responsabilités, aux compétences

103. Les fonctions : le cadre accomplit une tâche emportant, soit représentation de l'employeur dans les relations nouées avec les tiers, partenaires de l'entreprise (clients, fournisseurs, banquiers, sous-traitants), soit exercice d'un commandement sur des salariés placés sous son autorité, soit une responsabilité qui peut être indifféremment d'ordre

¹²⁸ Directive n° 94/45 du 22 septembre 1994

¹²⁹ L'article L. 439-3 du Code du travail prévoit que « *le comité de groupe est composé, d'une part, du chef de l'entreprise dominante ou de son représentant, assisté de deux personnes de son choix ayant voix consultative et, d'autre part, de représentants du personnel des entreprises constituant le groupe.* »

¹³⁰ La directive 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, modifiée par les directives 2000/34 : CE du Parlement Européen et du Conseil du 22 juin 2000. Voir, F. FAVENNEC-HERY, « Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? », Liaisons, coll. Droit vivant, ed. 2003. L'approche de la notion de cadre y est cependant « à peine ébauchée » puisqu'elle « *ne fait référence qu'aux cadres dirigeants et aux personnes ayant un pouvoir de décision autonome, notion parallèle mais non similaire.* »

¹³¹ Résolution 25 juin 1993 : JOCE n° C 194, 19 juill. 1993

scientifique, technique, juridique, etc. L'intéressé n'assume alors ni une fonction de représentation de l'employeur, dans les rapports noués par l'entreprise avec ses partenaires extérieurs, ni une tâche de commandement, mais se consacre à des missions qui sont exclusivement de recherche, conception de produits, analyse de dossiers...

104. Les responsabilités : les tâches confiées à un cadre s'accompagnent toujours de responsabilités supérieures à celles assumées par les autres salariés. Sont en jeu, selon le cas, la vigueur et la qualité des rapports de l'entreprise avec ses partenaires, l'efficacité et la productivité de ceux qui concourent à son action, le nombre et la pertinence des brevets qu'elle dépose, etc. L'entreprise joue là son avenir. L'erreur, la défaillance de ses cadres peuvent mettre son existence en péril ; leur efficacité assure, au contraire, son développement.

105. Les compétences : le cadre possède « un haut niveau de qualification, de compétence et d'efficacité dans la gestion de l'entreprise ou de l'organisme » où il exerce ses fonctions. Le mot « gestion » doit être largement entendu, eu égard à l'éventail des missions qu'un cadre peut être appelé à exécuter. Pour le surplus, la qualification, la compétence et l'efficacité auxquelles fait référence la résolution du Parlement européen peuvent, indifféremment, résulter des études suivies dans des écoles ou universités¹³², des stages effectués au titre de la formation professionnelle continue ou de la pratique quotidienne de certaines tâches.

Au-delà de la place indéniable, qu'occupe le cadre dans le droit communautaire, il est utile de s'interroger sur l'impact de la notion, en droit international.

II- Le cadre dans le droit international

Le cadre est défini par l'Organisation Internationale du Travail (OIT) (A) qui reprend les critères du droit communautaire (B).

A- La définition de l'Organisation Internationale du Travail

106. Dans le « Recueil de principes et de bonnes pratiques concernant les conditions d'emploi et de travail des travailleurs intellectuels », adopté en 1978, l'Organisation Internationale du Travail définit le cadre comme une personne :

¹³² Précisons à ce titre qu'une harmonisation des diplômes, au niveau communautaire, a été effectuée

- « qui a terminé un enseignement et une formation professionnelles de niveau supérieur ou qui possède une expérience reconnue équivalente dans un domaine scientifique, technique ou administratif et
- qui exerce, en qualité de salarié, des fonctions, à caractère intellectuel prédominant, comportant l'application à un haut degré des facultés de jugement et d'initiative et impliquant un niveau relativement élevé de responsabilité.

Cette notion englobe également toute personne répondant aux deux dernières caractéristiques qui détient, par délégation de l'employeur et sous son autorité, la responsabilité de prévoir, diriger, contrôler et coordonner les activités d'une partie d'une entreprise ou d'une organisation avec le pouvoir de commandement correspondant, à l'exclusion des cadres dirigeants ayant une large délégation de l'employeur. »

Dès lors, l'identification du cadre en droit international, résulte, une fois encore, d'éléments empruntés aux fonctions, responsabilités et compétences du salarié.

B- La reprise des critères communautaires

107. L'OIT reprend les critères dégagés dans le droit communautaire :

- les fonctions : la référence à l'exercice de fonctions emportant « l'application à haut degré des facultés de jugement et d'initiative » ne surprend pas ; ces fonctions peuvent comporter, ou non, l'exercice d'un commandement par délégation de l'employeur. Le cadre peut, indifféremment, avoir la responsabilité d'organiser, diriger et contrôler les activités d'autrui ou se consacrer, par exemple, à des travaux de recherche en laboratoire.
- les responsabilités : les fonctions dévolues au cadre impliquent « un niveau relativement élevé de responsabilité. » Nuancée, la formule permet de couvrir l'ensemble des tâches susceptibles de lui être confiées et des étapes de sa carrière.
- les compétences : la compétence du cadre résulte soit de la formation suivie, soit de l'expérience acquise au fil des ans (encore faut-il que l'apport de celle-ci soit reconnu équivalent à celui résultant d'une formation de niveau supérieur). Cette reconnaissance peut émaner des pouvoirs publics, des partenaires sociaux, de l'employeur.

Cependant, si elle est porteuse d'une définition, la formule de l'Organisation Internationale du Travail l'est également d'une exclusion : la notion de cadre doit être entendue de manière stricte, limitée à ceux qui ont rang de chef d'entreprise ou à ceux qui assument, sous la seule autorité de ce dernier, la responsabilité des grandes directions de l'entreprise, qu'elles soient géographiques ou fonctionnelles.

Même s'ils ne sont pas exclus du groupe des salariés (et ils ne sauraient l'être eu égard au contrat de travail qui les unit à leur entreprise) ces cadres dirigeants sont, dans l'esprit du texte adopté par l'Organisation Internationale du Travail, hors du champ de la norme sociale. En se faisant l'écho des dispositions nationales, légales ou conventionnelles, qui les écartent de la liste de leurs bénéficiaires, cette définition place, donc, les cadres dirigeants, dans une situation hybride, plus riche de contraintes que de protection.

108. Par conséquent, entre les cadres dirigeants et ceux qui ne relèvent pas de ce cercle restreint, une ligne de fracture est perceptible. Les premiers ont plutôt le comportement de chefs d'entreprise et sont généralement perçus comme tels ; les seconds tendent à se rapprocher des autres salariés de l'entreprise : les normes qui les gouvernent, à quelques exceptions près, sont similaires, leurs conditions de travail ne sont pas nécessairement très éloignées, leurs comportements et revendications se rejoignent (le refus des délégations de pouvoir, par crainte des responsabilités qui s'y attachent, n'est plus un phénomène exceptionnel).

Ainsi, dans les Etats membres de l'Union Européenne, la séparation entre travail salarié et travail indépendant reste primordiale ; seuls, de rares états, comme l'Allemagne et l'Italie, ont reconnu une nouvelle catégorie de travailleurs, à mi-chemin entre les deux autres. La nécessité de prévoir une remise à jour de la distinction entre les deux catégories, pour l'adapter au changement de l'organisation du travail, se manifeste dans de nombreux pays, mais il est prématuré d'affirmer que le système binaire a été dépassé, au plan international, pour accueillir trois catégories de travailleurs.

109. Nous constatons, également, que le droit international opère une scission entre ces cadres de haut niveau et les autres salariés. En effet, les premiers participent à la fonction de « chef d'entreprise » et présentent des particularités fortes ; il s'agit alors de salariés atypiques.

*

* *

110. En guise de synthèse, il faut constater, que, dans notre pays, la notion de cadre, floue depuis son instauration, s'est complexifiée avec les types d'activité, les tailles des entreprises et les accords de réduction du temps de travail.

Aujourd'hui, le cadre doit détenir des compétences nouvelles et polyvalentes, il peut aussi bien être le « coach » de l'équipe, que le gestionnaire d'un budget. Désormais, il doit faire preuve de diplomatie et son talent de communication, constituera souvent une corde primordiale à son arc. En effet, durant la dernière décennie, la structure d'encadrement des

entreprises françaises a considérablement évolué, donnant la priorité aux fonctions de gestion des savoir et des relations avec l'extérieur. Cette dynamique a modifié, en profondeur, la place et le rôle des cadres dans l'entreprise ainsi que leurs comportements sur le marché.

111. La figure traditionnelle du cadre, détenteur d'une formation technique ou scientifique de haut niveau et exerçant une fonction de commandement, par délégation de l'employeur, s'est estompée. De même, les normes de la « carrière à vie » et de l'ascension interne, pièces maîtresses du « pacte de confiance » signé autrefois entre les cadres et les directions, sont devenues moins courantes. Sous l'effet conjugué d'une large diffusion des Technologies de l'Information et de la Communication, d'une montée du niveau général des connaissances et de leur intégration dans des logiques productives, de plus en plus soumises à un régime de concurrence fondé sur l'innovation, les cadres se retrouvent aux avant-postes des changements technologiques et organisationnels, dans un rapport très complexe vis-à-vis des entreprises.

Modèles emblématiques de nouvelles pratiques et de nouvelles formes d'engagement et d'implication, mais, aussi, laissés-pour-compte de modes de gestion de la « ressource humaine » de plus en plus axés sur l'autonomie, la responsabilité et la capacité créatrice des individus, les cadres forment une catégorie de salariés confrontée à des logiques complexes de définition de leur identité professionnelle. Dans un environnement concurrentiel, où les entreprises sont sans cesse tenues à une « obligation d'invention », elles ont tendance à privilégier l'autonomie, l'initiative et la flexibilité dans leurs stratégies, et le profil du cadre évolue vers celui d'« ingénieur des connaissances ».

Dans cette logique, la fonction d'encadrement ne peut plus s'accorder avec une activité d'organisation et de gestion de la production figée dans une séparation du travail et du travailleur, en vue de gérer tout un système de contrôle et d'exécution des opérations définissant les tâches.

112. Le cadre joue, avant tout, un rôle de médiateur visant à la mobilisation de capacités, qui sont d'ordre technique, scientifique ou psychologique.

Par conséquent, les cadres, impliqués à des degrés divers dans ces différentes tâches, constituent une catégorie d'actifs pour lesquels le travail dépasse largement les fonctions qui leur sont contractuellement dévolues.

L'activité des cadres se situerait « au-delà de l'emploi » qu'ils occupent officiellement¹³³

¹³³ V. DELTEIL, chercheur à l'université de Paris

Ainsi, une première ligne de démarcation se formerait entre, d'un côté, des individus dotés essentiellement de qualifications officielles fortement ancrés sur les postes figurant dans l'organigramme des directions et, de l'autre, des personnels riches en compétences officieuses, notamment en savoir organisationnels, déployés par rapport aux postes et ayant, par ailleurs, une aptitude à s'approprier de nouveaux savoir.

F. FAVENNEC-HERY résume les difficultés à appréhender la notion, en écrivant : *« La catégorie des cadres est extrêmement diversifiée : cadre encadrant, cadre commercial, cadre expert, cadre administratif, cadre technique... Il ne s'agit nullement d'une population homogène. Elle flirte de plus avec deux extrêmes. Les assimilés cadres, qui, dans certaines circonstances, bénéficient du même régime et à l'opposé, les dirigeants qui, selon les hypothèses, sont ou non traités comme des salariés... La limite entre cadre et non cadre fluctue en fonction des intérêts en jeu. Celle entre cadre et dirigeant n'est pas toujours d'une grande clarté. »*¹³⁴

Certes, la négociation et notamment les accords d'entreprises¹³⁵ ont permis de mieux cerner cette notion pragmatique, polymorphe en fonction de l'entreprise, mais à l'inverse, la multitude des accords signés est venue renforcer les diversités et les hétérogénéités des catégories rencontrées.

C'est ainsi que l'on s'aperçoit que le droit du travail traditionnel, avec ses analyses monolithiques, n'est plus en phase avec cette population de salariés ; ses dispositions protectrices semblent désuètes, en décalage avec les réalités du monde du travail du XXI^{ème} siècle¹³⁶.

¹³⁴ F. FAVENNEC-HERY, « Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? », Liaisons, coll. Droit Vivant, 2003, p. 13

¹³⁵ Voir en ce sens, J. BARTHELEMY, « Le professionnel libéral et les 35 heures », Dr. Soc. Mai 2000
La définition peut être renvoyée aux conventions collectives, la délégation de pouvoirs, les élections professionnelles ou le régime de retraite ; ce qui débouche sur une définition fonctionnelle.

¹³⁶ Voir en ce sens, l'enquête réalisée par la CFDT, « Les cadres, une catégorie en pleine évolution », Entreprises et carrières, 31 mai 2004.

La CFDT a mené une enquête sur l'année de 2002 pour dresser le panorama de la fonction cadre. Aujourd'hui, les cadres forment ainsi une population hétérogène qui recouvre des réalités très diverses. Passée l'implication au travail qui les conduit à travailler largement plus que les 35 heures légales, passée la gratification symbolique de la fonction et la relative autonomie qui leur est associée, l'unité du statut semble se déliter en une multitude de situations particulières. La montée en nombre des experts, liée, notamment, à l'externalisation vers les cabinets de conseil de certaines fonctions, mais aussi à l'introduction massive des NTIC, tend même à promouvoir l'image d'un cadre qui n'encadre personne et qui passe les trois quarts de son temps dans d'interminables conciliabules avec son ordinateur ! De plus en plus de cadres travaillent en solitaires ou cherchent même à fuir l'entreprise en s'installant à leur compte, ce qui pose la question de savoir si l'encadrement est véritablement une catégorie sociale ou s'il ne s'agit pas, plutôt, d'une catégorie subjective. Quel est l'ancrage social d'une population de plus en plus solitaire ? Le pouvoir des cadres semble moins reposer, aujourd'hui, sur la technique et son organisation que sur un rôle de mise en convergence des compétences ou des expertises, c'est-à-dire, en partie, un travail sur l'information qui implique une forte dimension virtuelle.

113. Il est incontestable que les cadres quasi-indépendants, regroupés dans les cadres de direction ou les cadres autonomes, se démarquent des autres catégories de salariés, en raison de l'inadaptabilité croissante des dispositions du Code du travail à cette population, de plus en plus éloignée du salariat traditionnel . Dans le nouvel environnement socio-économique qui fait éclater les notions d'espace et de temps, autour desquelles s'est bâtie la législation sociale de la société industrielle, le contrat de travail classique apparaît incongru pour le cadre quasi-indépendant et s'avère, en outre, impuissant à assurer la protection de l'individu. (Première partie).

114. Il est désormais urgent de réfléchir à la construction d'un régime juridique mieux adapté. Après plusieurs décennies d'expansion, le Droit du travail présente des signes d'essoufflement, qui rendent légitimes de nouvelles approches. Il est temps de faire profiter tous les actifs de certains avantages sociaux obtenus par les salariés, en instaurant un Droit de l'activité, susceptible de regrouper un corps de règles d'application générale, au-delà du clivage traditionnel entre activités salariées et activités indépendantes. L'abandon du statut salarié, par les cadres quasi-indépendants, ne peut, cependant, se concevoir qu'avec la mise en place d'un dispositif juridique protecteur, en raison de leur dépendance économique. (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE L'INADAPTATION CROISSANTE DU DROIT DU TRAVAIL AUX CADRES DU XXI^{ème} SIECLE

115. Le Code du travail, régissant les relations entre employeurs et salariés, ne donne pas de définition du salariat ni même du contrat de travail. Cependant, cette lacune a été comblée par la doctrine, et le contrat de travail peut se définir comme « *la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant une rémunération* »¹³⁷

Le lien de subordination est, alors, l'élément déterminant pour identifier un salarié face à son employeur. Or, les cadres quasi-indépendants disposent d'une liberté d'action qui les affranchit des contraintes inhérentes au travail commandé et contrôlé (Titre 1)

En outre, les dispositions protectrices du Droit du travail se révèlent inefficaces, pour mettre à l'abri cette catégorie de cadres quasi-indépendants, des pressions exercées par leur environnement professionnel (Titre 2).

Titre 1 : Le contrat de travail classique : une incongruité pour les cadres quasi-indépendants

Le lien de subordination¹³⁸, constitutif du contrat de travail, est difficilement caractérisable en présence d'un cadre quasi-indépendant (chapitre 1) ; quant à sa rémunération, elle s'éloigne de plus en plus de la notion de salaire horaire. (chapitre 2).

| |
|---|
| Chapitre 1 : Les cadres quasi-indépendants et la nouvelle organisation des entreprises |
|---|

L'état de subordination¹³⁹, caractéristique du contrat de travail, doit s'apprécier différemment chez le cadre quasi-indépendant, en raison de son autonomie, sa liberté d'initiative, sa façon de travailler et le contrôle limité qu'opère l'employeur sur son travail.

¹³⁷ G. COUTURIER, « Droit du travail, les relations individuelles de travail », collection droit fondamental, Edition PUF

¹³⁸ Se dégage du travail subordonné ainsi défini deux éléments majeurs : l'autorité et le contrôle de l'employeur puis les conditions matérielles d'exercice de l'activité.

¹³⁹ Cf la définition jurisprudentielle de la subordination : « *le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives,*

Ainsi, disposant de plus en plus d'autonomie (section 1), le cadre constitue un véritable organe dirigeant de l'entreprise (section 2).

SECTION 1 : Le cadre dispose de plus en plus de libertés

Le droit de la durée du travail n'a cessé d'évoluer¹⁴⁰ et a fait l'objet de multiples interventions législatives. Devenu de plus en plus complexe, il laisse une place croissante à la négociation : désormais, c'est le cadre qui négocie, dans son contrat de travail, les modalités de son temps de travail.

Nous nous efforcerons, donc, de montrer ces évolutions et les particularités attachées aux cadres quasi-indépendants, afin d'illustrer la mutation du droit de la durée du travail.

Pour reprendre l'expression de J. BARTHELEMY, « *le droit de la durée du travail est un laboratoire pour une réforme en profondeur du droit du travail* ». ¹⁴¹

Ainsi, la gestion du temps de travail du cadre est laissée à son initiative (I), ce qui lui confère une large autonomie pour l'organisation de son emploi du temps (II).

I- Dans la gestion du temps de travail

116. Avant le passage aux 35 heures, les cadres n'étaient pas exclus, par la jurisprudence, du bénéfice de la réglementation de la durée du travail, notamment du droit aux heures supplémentaires¹⁴², même s'ils en avaient le sentiment. La Cour de cassation ne pouvait les priver de ce droit, dès lors que la réglementation de la durée du travail est d'ordre public et n'exclut pas les cadres de ce champ d'application.

La difficulté réside, cependant, dans le large éventail catégoriel constitué par l'encadrement. Comme il a été précisé¹⁴³, la notion de cadre est surtout fonctionnelle et varie selon que l'on traite des classifications conventionnelles, des collèges électoraux pour les élections

d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné», Cass. Soc., 13 nov. 1996, Société Générale : Bull. civ. V, n° 382 ; JCP 1997, E, II, 911, note J. BARTHELEMY et Dr. Soc. 1996, p. 1067, note J.J. DUPEYROUX

¹⁴⁰ Voir en ce sens l'ouvrage de J. BARTHELEMY, « Droit de la durée du travail, temps de travail, aménagement, 35 heures », Litec 1998, 393 p.

¹⁴¹ J. BARTHELEMY, « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », Droit Social, janvier 2003

¹⁴² Cass. Soc., 20 nov. 1998, n° 85-41-801, Motta c/ SA Sartore

Cass. Soc., 14 juin 1990, JCP 1990, éd. E, I, 20295, Bull. Civ. IV, n° 285 : la qualification de cadre ne suffit pas à exclure le droit au paiement majoré des heures supplémentaires

¹⁴³ Ut supra, introduction

professionnelles, de l'élection des conseillers prud'homaux, du régime de retraite des cadres AGIRC ou de la durée du travail.

Or, la jurisprudence¹⁴⁴ a admis que les heures supplémentaires peuvent ne pas être dues à certains cadres qui bénéficient d'un degré certain d'autonomie et de responsabilité, en raisonnant à partir du travail effectif.

La Cour de cassation va, pour cela, se référer au niveau de rémunération ; si la rémunération de base n'a rien d'exceptionnel au regard de la qualification et des responsabilités, un cadre peut prétendre au paiement de ses heures supplémentaires ; a contrario, si cette rémunération est forfaitairement importante au regard du temps de présence, les heures supplémentaires ne sont pas dues.

117. Quant aux cadres supérieurs¹⁴⁵, ils ne sont soumis à aucune autorité eu égard au degré très élevé de leur autonomie¹⁴⁶ et, bien souvent, la rémunération est indépendante de l'horaire. Même si la distinction cadres supérieurs / autres cadres n'est pas vraiment justifiée¹⁴⁷, toujours est-il que la pratique des entreprises, fondée sur le sentiment que les cadres ne sont pas soumis à la réglementation de la durée du travail, se traduit, pour cette catégorie de personnel, par un temps de présence supérieur à la durée légale ou à l'horaire collectif en vigueur.

Avec le passage aux 35 heures, une question a hanté les managers, comme les employeurs : les cadres travaillent-ils toujours autant et comment s'organisent-ils ?

Un rapport sur le travail¹⁴⁸, faisant état d'une étude comparative avec les autres pays, montre que les Français sont productifs mais peu actifs, si l'on se réfère à la durée de leur carrière.

En examinant les statistiques, l'on remarque que les Français travaillent intensément et qu'ils ont une des meilleures productivités ; ce constat est, patent dans les grandes entreprises qui ont bien « digéré » le choc de la loi des 35 heures. Elles ont surmonté l'épreuve sans trop de dommages et ont bénéficié des allègements de charges patronales financés par l'Etat. Elles

¹⁴⁴ Cass. Soc., 19 mars 1969, Bull. civ. V, n° 192

« N'est pas légalement justifiée la décision qui alloue une rémunération pour heures supplémentaires à un gérant agricole sans s'expliquer sur les conclusions des employeurs qui faisaient valoir que l'intéressé n'était pas un simple employé, qu'il était associé aux bénéfices et qu'il jouissait d'une certaine liberté dans les modalités d'organisation de son travail. »

¹⁴⁵ Voir en ce sens, Etude de la Direction des relations du Travail et des Affaires sociales du 2 juin 1997, « La jurisprudence distingue les cadres supérieurs des autres cadres et admet des exceptions au paiement des heures supplémentaires à l'égard des cadres supérieurs »

¹⁴⁶ Il s'agit alors notamment des mandataires sociaux titulaires d'un contrat de travail, ceux à l'égard des tiers et du personnel ont toutes les apparences de l'employeur

¹⁴⁷ Opinion reprise par J. BARTHELEMY, « Droit de la durée du travail », Litec 1998

La distinction entre cadres supérieurs et les autres cadres n'est pas fondée en droit car il n'existe pas de définition légale, fonctionnelle

ont surtout saisi l'occasion de se réorganiser : en effet, bien souvent, la réduction des horaires a été compensée par une utilisation plus efficace de la force de travail¹⁴⁹ ; il aura donc fallu cette loi pour que les entreprises revoient leur mode d'organisation.

En revanche, entre études longues et préretraites, les salariés français concentrent cet effort sur une plus courte période ; les jeunes n'attendent plus, comme autrefois, que le travail remplisse toute leur vie, ce qui marque un décalage avec leurs aînés, et les patrons souffrent de ce constat. Par ailleurs, en France, les horaires de travail diminuent par paliers¹⁵⁰, au gré des interventions gouvernementales.

118 Les cadres français, qui assuraient les plus longues journées de travail du monde industrialisé, passent, souvent, aujourd'hui pour des paresseux.¹⁵¹ Les français n'en cumulent pas moins les paradoxes : le travail demeure important en termes de développement personnel et de responsabilités, mais il doit pouvoir être effectué sur des horaires acceptables, apporter de bons revenus, sans trop de stress, et surtout sans prendre toute la place¹⁵².

*« Autrefois, les gens construisaient leur projet personnel à l'intérieur du cadre professionnel ; aujourd'hui, ils définissent celui-ci à l'intérieur de leur projet privé. »*¹⁵³

*« On travaille toujours aussi intensément, mais selon des séquences différentes, des congés plus courts mais plus nombreux et mieux respectés, cela requiert une meilleure organisation »*¹⁵⁴. C'est ce à quoi s'est engagé le groupe PSA, via une charte conclue avec ses

¹⁴⁸ F. BAUCHARD, C. BERNARD, P.M. DESCHAMP, L. STEINMANN, J. TRENTESAUX, « Les français travaillent-ils assez ? » Enjeux, mai 2002

¹⁴⁹ Voir en ce sens, T. REVET, « La force de travail, étude juridique », Thèse Montpellier, 1992

¹⁵⁰ Voir en ce sens, J. BARROT, « Travailler moins, mieux, plus nombreux », Le Monde, juill. 1996

¹⁵¹ « Les cadres français travaillent moins que les autres », Etude réalisée auprès de 10000 cadres de la fin 2001 au printemps 2003, Les Echos, 25 novembre 2003

Cet article reprend l'idée que les cadres considèrent que leur charge de travail est lourde, excessive alors que ce sont ceux qui travaillent le moins longtemps environ 45 heures par semaine, contre 47 heures pour les Anglais, et 55 heures pour le Royaume Uni.

¹⁵² Voir en ce sens, J. JOLY, « Combien d'heures, patron ? » L'Express, 12 juillet 2004

Les plus jeunes patrons demandent l'abrogation des 35 heures et la liberté pour les employeurs de négocier la durée du travail au cas par cas ; pour certains, la limite des 48 heures hebdomadaires, inscrite dans la directive de 1993, suffit amplement à encadrer les conditions de travail.

Pour d'autres, revenir à 39 heures n'est pas une solution ; ce n'est pas le poids des charges sociales qui pénalise les entreprises mais la rigidité de la législation sur le temps de travail. Il faut alors instaurer une souplesse totale dans la durée du travail.

Ainsi, la CGPME et l'UIMM ne souhaitent pas la suppression d'une référence à une durée légale de travail : ils se contenteraient très bien d'un plus large quota d'heures supplémentaires pourvu qu'ils puissent franchir plus facilement la limite des 35 heures.

Pour concilier ces diverses opinions, il faut donner plus de liberté aux entreprises ; il faut permettre aux entreprises ou aux branches d'y déroger par accord. Certes, la loi du 4 mai 2004 permet bien aux accords d'entreprises de déroger aux accords de branche mais pas si ces derniers ont été signés avant l'entrée en vigueur de la loi ; donc une entreprise appartenant à une branche qui a déjà conclu un accord sur le temps de travail ne pourra pas y revenir.

¹⁵³ A. BRAUN et M. LEGRIS à l'Institut de l'entreprise, L'Express, 12 juillet 2004

¹⁵⁴ J.L. VERGNE, DRH du groupe PSA, L'Express, 12 juillet 2004

cadres : « *Réduction de la durée des réunions et du nombre de participants, préparation préalable par échanges des dossiers, rédaction de compte rendus et surtout délégations.* »

En fait, il ressort une réponse ambivalente des cadres aux enquêtes post-35 heures : certes une grande satisfaction, mais aussi le poids ressenti d'une intensification du travail. Pour maintenir leur productivité, la plupart des entreprises ont en effet exclu du temps de travail, ou comprimé, les pauses diverses et variées, si bien que les notions de temps et de lieu de travail se sont brouillées. Le temps ne permet plus de faire le partage entre travail et non travail.

Dès lors, comment gérer ce temps, difficilement quantifiable chez le cadre ? Le calcul est rendu d'autant plus complexe, lorsque le cadre décompte son temps de travail en jours, et non en heures, par la pratique des conventions de forfaits (A) renvoyant à la notion de charge de travail (B).

A- La pratique des conventions de forfait

119. La loi sur la réduction du temps de travail a classé les cadres en trois catégories¹⁵⁵ et a instauré les conventions de forfait en jours pour les « cadres autonomes ». Elle en exclut les « cadres dirigeants », puisque ces derniers ne peuvent prétendre à la réduction du temps de travail.

Il est alors primordial de se pencher sur le champ d'application initial de ces conventions (1), pour constater, par la suite, un élargissement, par le législateur, des bénéficiaires (2).

1) Les cadres concernés

Les conventions de forfaits en jours sont apparues avec la Loi AUBRY (a) ; ensuite, la jurisprudence a rapidement pris position sur ce nouveau mode de décompte du temps de travail (b).

a- Les forfaits en jours instaurés par la Loi AUBRY

120. La loi du 19 janvier 2000¹⁵⁶, dite « Loi AUBRY II » a consacré une section spécifique consacrée aux cadres. Désormais, en application d'un accord de branche étendu ou

¹⁵⁵ Ut Supra, introduction

¹⁵⁶ Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000

d'un accord d'entreprise, il peut être conclu, pour les cadres « autonomes », des conventions individuelles de forfait en jours¹⁵⁷.

Reste, alors, à déterminer le nombre de jours sur la base duquel ces conventions individuelles de forfait peuvent être conclues. La loi fixe un plafond de 218 jours¹⁵⁸, plafond dont la valeur est maximale et qui interdit aux partenaires sociaux de retenir un nombre supérieur (rien n'interdit cependant de retenir un nombre inférieur sur le fondement du principe de « faveur ».)

121. L'intervention du législateur manifeste la volonté de créer un régime particulier de la durée du travail des cadres¹⁵⁹, exprimée en jours ; ce système déroge aux concepts traditionnels qui gouvernent la durée du travail avec un temps de travail décompté en heures, sur la semaine, et inscrit dans le cadre d'un horaire collectif. Dès lors, l'accord qui introduisait cette forme particulière de décompte du temps de travail pouvait faire l'objet du droit d'opposition¹⁶⁰ avant la loi du 4 mai 2004¹⁶¹. Depuis l'instauration de cette loi, l'accord collectif instituant le forfait jours est sous le régime majoritaire¹⁶². En vertu de l'article L. 133-2-2 du Code du travail, il appartient à une convention de branche ou à un accord professionnel étendu de prévoir comme condition de validité des accords d'entreprise, soit une majorité d'engagement, soit l'absence d'opposition. A défaut d'accord de branche prévoyant le recours à l'engagement majoritaire, c'est le droit d'opposition qui s'applique.¹⁶³

La spécificité de ce dispositif est d'autant plus affirmée que le législateur a pris le soin de procéder aux renvois utiles lorsqu'il a entendu voir appliquer, ou exclure, certaines dispositions contenues au sein du Code du travail. C'est ainsi, qu'il a précisé que les dispositions relatives au repos quotidien¹⁶⁴, au nombre de jours travaillés par semaine¹⁶⁵, au repos hebdomadaire¹⁶⁶ sont applicables aux cadres relevant d'une convention de forfait exprimée en jours.

¹⁵⁷ Sur le recours aux forfaits réduit en jours, ut infra : titre 2 chapitre 1

¹⁵⁸ La loi n° 2004-626 du 30 juin 2004 a modifié les 217 jours en 218 jours avec la journée de solidarité

¹⁵⁹ Voir en ce sens, A. TEISSIER, « Le droit de la durée du travail des cadres au forfait en jours », JCP, E, 21 novembre 2002

¹⁶⁰ Art. L. 212-15-3 du Code du travail

¹⁶¹ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004

¹⁶² Voir en ce sens, J.E. RAY, « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, Droit Social 2004, p. 590

¹⁶³ Voir P. H. ANTONMATTEI, « Accords de réduction du temps de travail : l'arrêt Michelin », Droit Social, septembre-octobre 2004, p. 839

« Que peut-on craindre en effet de l'absence du contrôle judiciaire dès lors que l'accord collectif qui institue le forfait jours est sous le régime majoritaire et que les salariés concernés doivent donner leur accord ? »

¹⁶⁴ Art. L. 220-1 du Code du travail

¹⁶⁵ Art. L. 221-2 du Code du travail

¹⁶⁶ Art. L. 221-4 du Code du travail

En revanche, le législateur a expressément indiqué, que ne sont pas applicables, à ces mêmes cadres, les dispositions relatives à la limite quotidienne de la durée du travail et au contingent d'heures supplémentaires.

122. Appliquant ces règles dérogatoires, un arrêt majeur de la Cour de cassation admet, qu'en raison d'un degré élevé d'autonomie au plan des conditions de travail, la rémunération du cadre, qui doit alors être importante, peut être indépendante de l'horaire.¹⁶⁷ Cet arrêt démontre, que lorsque le degré d'autonomie en matière de conditions de travail est très grand, et que le travailleur est indépendant techniquement, la mesure de la durée effective du travail est impossible, ne serait-ce qu'en raison de l'incapacité, pour l'employeur, de tout contrôler sans altérer cette autonomie ou cette indépendance¹⁶⁸.

123. La négociation occupe une place primordiale dans la mise en place de ce dispositif, puisque elle est la seule voie utilisable pour conclure des conventions individuelles de forfaits en jours. Cette négociation intervient à deux niveaux, car, après l'accord collectif où les partenaires sociaux doivent définir les modalités et caractéristiques des conventions de forfait susceptibles d'être conclues, il faut signer une convention individuelle de forfait, que le salarié peut accepter ou refuser¹⁶⁹.

Cette innovation, qui facilite les relations de travail et atténue partiellement la rigidité de la réglementation légale, par l'octroi d'une contrepartie généralement financière, ne pouvait laisser les juges indifférents.

La jurisprudence est donc intervenue pour délimiter les contours de « la convention de forfait » car le caractère dérogatoire de ce type de convention provoque, au regard de la vocation protectrice du droit du travail, une certaine inquiétude.^{170 171}

¹⁶⁷ Cass. Soc., 19 mars 2003, commentaire de J. BARTHELEMY, Droit Social juillet/août 2003, p. 766

¹⁶⁸ Voir également J. BARTHELEMY, « Indépendance ? Indépendance ! », La Revue de l'Avocat Conseil d'Entreprises », 2005, n°93

¹⁶⁹ Mécontentée par ce dispositif dérogatoire, la CFE-CGC a saisi le Comité européen des droits sociaux, une instance du Conseil de l'Europe, chargée de faire respecter la Charte des droits sociaux européens.

Pour la CFE-CGC, sous ce régime, les cadres ne sont plus soumis aux durées maximales journalières et hebdomadaires et « rien n'interdit plus à l'entreprise de faire travailler un cadre 78 heures par semaine (13 heures par jour pendant six jours). Il n'a plus aucun recours auprès de l'inspection du travail ou des tribunaux »

Les douze juristes européens, qui composent le Comité des droits sociaux, ont donné raison à la CFE-CGC, estimant que cette durée n'est pas « raisonnable » et que la signature d'un accord d'entreprise ne protège pas suffisamment les salariés. Le comité condamne l'exclusion systématique du paiement des heures supplémentaires des cadres en forfait jours. Actuellement, il ne s'agit que d'un avis ; ce dossier doit être examiné, ensuite, par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, lequel pourrait voter des recommandations à l'égard de la France.

¹⁷⁰ I. de BENALCAZAR, « Conventions de forfait : la nécessaire intervention du juge », Travail et Protection sociale, octobre 2002

b- La position jurisprudentielle

124. Au vu des accords signés avec des conventions de forfaits en jours, l'on constate que le forfait jours a été largement choisi, essentiellement en raison de sa relative simplicité, par rapport à la complexité des forfaits en heures.

Un auteur, le professeur J.E. RAY, a ainsi pu écrire « *Le succès attendu ne se dément pas : le forfait jour a légitimement remporté un succès conventionnel considérable, au point de se demander s'il n'est pas devenu la norme statistique. En inversant la problématique légale, les deux sociétés en cause ont d'ailleurs procédé comme beaucoup d'autres : pour elles la notion de « cadre autonome » est aujourd'hui un pléonasme.* »¹⁷²

La finalité d'une convention de forfait est de faciliter la tâche des employeurs dans leur rapport contractuel avec les cadres, mais des difficultés peuvent surgir quant à la distinction entre cadres intégrés et cadres autonomes. En effet, l'enjeu est de taille, dans la mesure où un cadre autonome, qui parviendrait à obtenir la requalification en cadre intégré, pourrait demander le rappel de salaires, en heures supplémentaires, sur cinq années.¹⁷³

De plus, la référence à l'indétermination de la durée du travail et au degré d'autonomie est une source d'incertitude, qu'il appartient aux juges de dissiper.

125. Ainsi un arrêt de Cour d'Appel du 2 mai 2002¹⁷⁴ apporte un premier éclairage sur cette question : il ne suffit pas d'affirmer, dans l'accord collectif, que l'ensemble des collaborateurs bénéficie d'une autonomie dans l'organisation du temps de travail, pour que la totalité du personnel cadre soit soumis aux forfaits jours ; il faut que l'employeur puisse démontrer qu'il a effectivement examiné chaque catégorie de cadres, afin de connaître l'autonomie de chaque fonction ou de chaque poste.

En l'espèce, la société signataire ayant été dans l'incapacité de produire la liste des salariés pouvant être considérés comme intégrés, ainsi que l'analyse des conditions de travail de chaque poste et de chaque fonction, la Cour a relevé l'absence d'éléments objectifs permettant de vérifier si tel ou tel salarié était autonome et le recours généralisé à des forfaits jours, dans l'entreprise comprenant 800 cadres, a été logiquement censuré¹⁷⁵.

¹⁷¹ J. BARTHELEMY, « Le soi disant forfait tous horaires », JCP, E, 1999, n°16

¹⁷² J.E. RAY, « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2 », Droit Social, mars 2001

¹⁷³ En vertu de l'article L. 143-14 du Code du travail : « *L'action en paiement du salaire se prescrit par cinq ans conformément à l'article 2277 du Code civil.* »

¹⁷⁴ CA Lyon, 2 mai 2002, RJS 7/ 2002, n° 821

¹⁷⁵ En ce sens, la détermination de la durée du temps de travail risque également de poser des difficultés probatoires à l'employeur, qui devra démontrer que, pour chaque poste, il est effectivement impossible de calculer le temps de travail.

Bien que les conventions de forfait soient établies pour simplifier les rapports contractuels avec les cadres, les notions utilisées dans la Loi Aubry sont loin d'être claires et devront vraisemblablement susciter l'interprétation des juges, dont la mission se révélera délicate.

126. De même, un arrêt intéressant de la Cour d'Appel de Paris du 27 novembre 2002¹⁷⁶ délimite le pouvoir de gestion de l'employeur appliqué aux 35 heures.

L'affaire a lieu dans le secteur du commerce à prédominance alimentaire, branche régie par un accord étendu, ajustant la convention collective aux lois sur la réduction du temps de travail. L'entreprise est composée d'une multiplicité de magasins, à la tête desquels est placé un responsable, appartenant à la catégorie des agents de maîtrise.

Pour cette entreprise, dont l'un des soucis principaux est la rentabilité, il est primordial que le magasin n'ait qu'une seule personne à sa tête, aussi est-elle d'accord pour faire passer son personnel à 35 heures, à condition de ne pas avoir à renoncer à cette organisation. Entre les deux lois AUBRY, elle négocie un accord d'entreprise qui n'est signé que par la CFTC, laquelle revient sur sa décision en dénonçant l'accord quelque temps après.

Cette dénonciation ne perturbe pas beaucoup l'entreprise, qui a trouvé, dans la convention collective de branche, un article susceptible de résoudre son problème puisqu'il institue un forfait en heures, sur l'année, pour les agents de maîtrise, notamment ceux travaillant en magasin, disposant d'une latitude réelle dans l'organisation de leur temps de travail.

Ayant appliqué ce texte, l'entreprise se trouve confrontée à un refus du ministère d'étendre l'article de la convention collective, considéré, à juste titre, comme contraire à la loi Aubry II, qui réserve les forfaits annuels à la catégorie des cadres au sens strict du terme, à l'exclusion des assimilés cadres.

L'entreprise décide, alors, de faire passer tous ses chefs de magasin au statut cadre. Une telle opération constitue une modification du contrat de travail et, même si, les intéressés sont d'accord avec cette promotion, il lui faut déclencher un plan social, aujourd'hui appelé plan de sauvegarde de l'emploi.¹⁷⁷

Il faut préciser au préalable, que grâce au statut de cadre, l'entreprise pourra appliquer à ses chefs de magasin un forfait annuel, pouvant aller jusqu'à 1920 heures, de telle sorte que les chefs de magasin qui, jusqu'au réaménagement, effectuaient 40 heures par semaine, en

¹⁷⁶ CA Paris, 27 novembre 2002, 1^{ère} chambre, section S, n° 2002/08936

¹⁷⁷ Cass. Soc., 3 décembre 1996, n° 95-17.352, Bull. civ. V, n° 411 ; Cass. Soc., 3 décembre 1996, n° 95-20.360, Bull. civ. V, n° 411

Sur le fondement de la jurisprudence « Framatome-Majorette », la chambre Sociale impose de déclencher un plan social lorsqu'une modification du contrat de travail sera proposée à au moins dix salariés, sans attendre de savoir combien de salariés pensent refuser.

Notons à ce titre que cette jurisprudence est remise en cause par la loi du 18 janvier 2005 avec l'article L. 321-1-3 du Code du travail qui dispose que, seulement lorsqu'au moins dix salariés ont refusé la modification d'un élément essentiel de leur contrat de travail proposée par leur employeur, ce dernier devra alors mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi.

accompliront 42 après la réduction du temps de travail, cette augmentation étant, bien sûr, rémunérée. Tout le reste du personnel, en revanche, passe de 39 à 35 heures.

Les syndicats vont, alors, tenter de faire annuler le plan social, au motif principal, qu'il est inconcevable qu'un accord de réduction du temps de travail aboutisse à une augmentation de l'horaire et que, sous une apparence de sauvegarde de la compétitivité, la direction masque une intention de fraude à la loi ; cette argumentation va convaincre le tribunal de grande instance de Meaux.

En revanche, la Cour d'appel de Paris va, quant à elle, valider la démarche de l'employeur. Juge de la validité du plan social, elle n'est pas compétente pour apprécier les raisons qui ont présidé à son élaboration et dès lors que le contenu du plan n'est pas remis en cause, elle doit uniquement se prononcer sur l'existence d'une fraude. Or, en vue d'appliquer la loi AUBRY, la société a bien procédé à une étude de postes ; elle a mis en lumière que les chefs de magasin avaient des charges particulières d'organisation et d'encadrement ainsi que des horaires liés à l'amplitude d'ouverture des magasins. Après avoir apprécié le coût d'une réduction des horaires, liés à l'amplitude d'ouverture des magasins, elle a, devant l'impossibilité d'appliquer l'article non étendu, fait le choix d'appliquer un article prévu expressément pour cette catégorie.

La Cour d'Appel, dans ces conditions, exclut toute tentative de fraude, l'entreprise ayant scrupuleusement appliqué la loi, en consultant le comité d'entreprise, les syndicats. Elle avait donc été irréprochable en terme de procédure, ce qui ne pouvait que jouer en sa faveur.

Néanmoins, la majorité de la jurisprudence s'était révélée, assez peu favorable au forfait jours, une nouvelle intervention législative devenait nécessaire.

2) L'apport des lois récentes sur le champ d'application des forfaits

Le champ d'application, aux cadres, des forfaits jours s'élargit avec les lois du 17 janvier 2003 (a) et du 4 mai 2004 (b) et les toutes dernières lois de 2005 confirment cette extension (c).

a- La loi FILLON du 17 janvier 2003

127. La Loi relative « *aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi* », élargit le champ d'application de la catégorie des cadres, bénéficiaires du forfait jours.¹⁷⁸

Les juges ont eu tendance à adopter une position sévère, en exigeant notamment que l'indétermination de la durée du travail résulte d'une impossibilité objective et non d'une simple affirmation des signataires¹⁷⁹.

Ce contrôle jurisprudentiel des conditions d'accès au forfait jours a, désormais, peu de chances de prospérer, puisque la Loi FILLON laisse, à l'accord ou à la convention, le soin de définir, au regard de leur autonomie dans l'organisation de leur emploi du temps, les catégories de cadres concernés.

L'autonomie est envisagée en tant que telle, et non plus comme la conséquence de la nature des fonctions assumées. La nouvelle définition donne ainsi plus de pouvoirs aux négociateurs et risque d'élargir l'accès des catégories des cadres au forfait jours.¹⁸⁰

128. Les accords ouvrant l'accès au forfait en jours devront toujours définir précisément les catégories de cadres concernés, comme l'a affirmé un arrêt rendu le 21 février 2002¹⁸¹ par la chambre Sociale de la Cour de Cassation. L'autonomie ne se décrètera pas, elle devra être justifiée ; mais la nouvelle loi simplifie considérablement les critères qui devront être respectés pour l'établir : la référence à l'impossibilité de prédéterminer l'horaire de travail, du fait des fonctions ou des responsabilités exercées, est supprimée.

La loi infirme ainsi une position du Tribunal de Grande Instance de Paris, qui exigeait de l'accord collectif, qu'il précise, « *service par service, ou à partir de la classification conventionnelle si les cadres sont occupés selon l'horaire collectif applicable au sein de l'atelier du service ou de l'équipe auxquels ils sont intégrés et si la durée de leur temps de travail peut être prédéterminée* ». ¹⁸²

Désormais, tout cadre, « *dont la nature des fonctions implique une réelle autonomie dans l'organisation de son emploi du temps* », pourra voir son temps de travail calculé en jours et non en heures. Comme auparavant, même en présence d'un accord collectif, le cadre aura

¹⁷⁸ L. de COMARMOND, « Les entreprises auront plus de liberté pour gérer le temps de travail des cadres », Les Echos, septembre 2002

¹⁷⁹ CA Lyon, 2 mai 2002, RJS 7/02, n° 821

¹⁸⁰ A. DERUE, D. JOURDAN, M. MORAND, F. FAVENNEC-HERY « Le point sur la loi Fillon II », Semaine Sociale Lamy, supplément n° 1122, 12 mai 2003

¹⁸¹ Cass. Soc., 21 février 2002, n°00-17.231

M.L. MORIN « Pluralisme syndical et révision des accords collectifs », Dr. Soc. 2002, p. 617

J. BARTHELEMY « Conventions collectives et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation » Dr. Soc., septembre/octobre 2003

¹⁸² TGI Paris, 19 décembre 2000, RJS 4/ 2001, n° 461 ; voir également TGI Nanterre, 12 octobre 2001, RJS 4/ 2002, n° 445 et TGI Paris 3 juillet 2001 n° 01-5192, RJS 11/ 2001, n° 1295

toujours la capacité de refuser cette modification de son contrat de travail, mais il risque, dans ce cas, d'être licencié.

A défaut de répondre au souhait de nombreuses entreprises, d'appliquer les forfaits en jours à tout leur encadrement-notamment dans le secteur bancaire-, la nouvelle définition, très proche de celle inscrite dans l'accord sur les 35 heures de la métallurgie¹⁸³, va en revanche ouvrir aux employeurs de nouvelles possibilités. A titre d'exemple, les « traders » dans les salles de marchés, pourront vraisemblablement passer au forfait jours, ce qui n'était pas possible sous la loi AUBRY.

129. Par ailleurs, la Cour de cassation a rendu sa première décision en mai 2004¹⁸⁴ sur la définition conventionnelle des cadres autonomes, au forfait jours, au sens de la loi AUBRY II du 19 janvier 2000, en examinant l'accord de RTT signé le 2 avril 2001 entre la Manufacture française des pneumatiques Michelin et la Fédération chimie énergie CFDT.

La Cour d'Appel de Riom, comme la chambre Sociale¹⁸⁵, précise que la définition peut se contenter de reprendre les critères légaux sans les détailler. Dès lors que l'accord reprend les éléments d'appréciation fixés par la loi, il ne doit pas nécessairement délimiter à l'avance, en fixant une série de critères, les catégories de cadres concernés ; le juge exerce, lorsqu'il est saisi, un contrôle a posteriori.

¹⁸³ Accord RTT de la Métallurgie

¹⁸⁴ Cass. Soc., 26 mai 2004, n° 02-18. 756, Féd. Des industries chimiques CGT et a. c/ Sté Michelin

La CGT, non signataire, demandait l'annulation de l'accord, invoquant notamment l'insuffisance de la définition des cadres autonomes au forfait jour au regard des exigences légales. Le Code du travail exige en effet que l'accord définisse les catégories de cadres concernés par le forfait jours ; or, l'accord Michelin ne se réfère qu'aux cadres de l'entreprise dont le rythme de travail ne peut pas épouser, en raison de la mission générale qui leur est confiée, celui de l'horaire collectif applicable dans le service qu'ils dirigent ou auxquels ils sont affectés et dont en raison de l'autonomie nécessaire à leurs fonctions, la durée de leur temps de travail ne peut être prédéterminée. La CGT pouvait invoquer un précédent ; en effet, le 18 décembre 2002, la Cour d'appel de Paris annulait un accord qui définissait les cadres autonomes par la seule référence à la classification conventionnelle sans mentionner, ni les catégories concernées ni les éléments objectifs découlant de la nature des fonctions, des responsabilités exercées ou du degré d'autonomie de nature à rendre indéterminable le temps de travail.

¹⁸⁵ « *L'accord collectif, après avoir distingué les cadres dirigeants des cadres dont l'horaire est prédéterminé, définit les cadres autonomes qui ne relèvent d'aucune de ces catégories comme étant ceux dont le rythme de travail ne peut, en raison de leur mission, être soumis à l'horaire collectif de travail du service qu'ils dirigent ou auquel ils sont affectés. Cette définition qui permet d'apprécier le degré d'autonomie du personnel d'encadrement concerné, est conforme aux exigences de l'article L. 212-15-3 du Code du travail dans la mesure où, d'une part, la convention de forfait doit faire l'objet d'un accord particulier entre l'employeur et le salarié et où, d'autre part, il appartient au juge de vérifier, en cas de litige, que les fonctions effectivement exercées par le cadre ne lui permettent pas d'être soumis à l'horaire de travail* ».

Voir en ce sens, P.H. ANTONMATTEI, « Accords de réduction du temps de travail : l'arrêt Michelin », Droit Social, Septembre-Octobre 2004

J. M. VERDIER, note de jurisprudence sur « l'arrêt Michelin », Droit Social, Septembre-Octobre 2004

M. MORAND, « Durée du travail : le juge s'en mêle, s'emmêle et démêle », Semaine Sociale Lamy, 18 octobre 2004

J.E. TOURREIL, « Accord de modulation : la programmation indicative peut être fixée par voie de négociation annuelle », Jurisprudence Sociale Lamy, 29 juin 2004

Cet arrêt est en cohérence avec l'esprit de la loi FILLON, puisque la chambre Sociale se contente de relever le critère d'autonomie, de manière très vague, alors que dans un arrêt rendu antérieurement, juste après la loi FILLON, la chambre Sociale donnait une illustration précise de l'autonomie du cadre¹⁸⁶.

La Cour de cassation reprend, ici, que les termes de la loi et laisse planer un flou sur les classifications du cadre, en outre, elle indique qu'il n'est pas utile de déterminer précisément le critère d'autonomie. Il suffit alors de reprendre les termes de la loi, ce qui limite inmanquablement le pouvoir de contrôle du juge¹⁸⁷.

Or, comme le souligne P.H. ANTONMATTEI¹⁸⁸, l'appréciation de l'autonomie ne peut se faire qu'au cas pas cas.

Quoiqu'il en soit, la loi du 17 janvier 2003 modifie sensiblement la situation, au plan juridique.

130. Lors de conflits antérieurs sur l'application des règles de la loi AUBRY 1 et la Loi AUBRY 2, il était apparu, à l'analyse de la situation des cadres, dans les accords de branche, que certaines clauses étaient contestables. Ainsi, s'agissant de l'application du forfait en jours, alors que la loi se référait aux seuls cadres non dirigeants et non intégrés à un service ; des accords de branche étendaient ce type de forfait à d'autres catégories de cadres¹⁸⁹.

Il en était de même des clauses élargissant le forfait, sans référence horaire, à des salariés qui ne répondaient pas aux critères légaux.

Afin de déterminer le devenir de telles clauses, le Conseil constitutionnel, saisi de la question rendit une décision le 13 janvier 2000¹⁹⁰; estimant que les accords conclus dans le cadre de la loi « AUBRY I » ne devaient être remis en cause que pour un motif d'intérêt général suffisant.

Dès lors, la censure des juges s'est exercée, pour partie, sur le dispositif de sécurisation juridique validant, provisoirement, les accords dont certaines clauses étaient

¹⁸⁶ Cf Cass. Soc., 9 juillet 2003, RJS 2003, n° 1175 : « L'arrêt relève que si la salariée, qui a le statut de cadre, intervient selon un programme préétabli, elle est habilitée, sous réserve de l'impact financier des mesures proposées nécessitant l'accord de l'employeur, à prendre toute initiative de nature à « optimiser » le séjour des invités ; que la Cour d'appel a pu en déduire que la durée du temps de travail de la salariée ne pouvait être prédéterminée, compte tenu de la nature de ses fonctions, des responsabilités exercées et de l'autonomie dont elle bénéficiait dans l'organisation de son emploi du temps. »

¹⁸⁷ Voir en ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? », Ed. Liaisons, 2003.

¹⁸⁸ P.H. ANTONMATTEI, « Accords de réduction du temps de travail : l'arrêt Michelin », Droit Social, Septembre-Octobre 2004

¹⁸⁹ Par exemple, les accords Métallurgie et textes précités

¹⁹⁰ Conseil Constitutionnel, 13 janvier 2000, JO 20 janvier 2000 / Le Conseil constitutionnel a annulé quatre séries de dispositions considérées comme contraires aux principes de la liberté contractuelle des partenaires sociaux et d'égalité

illégales au regard de la nouvelle loi, sous réserve de révision, dans un délai d'un an à compter de sa date d'entrée en vigueur. A défaut, les clauses litigieuses étaient inopposables aux salariés.

Il en est résulté un dispositif complexe de validation des accords, conclus dans le cadre de la loi « AUBRY I » et non conformes à la loi « AUBRY II » car la décision constitutionnelle compliquait l'appréciation à porter sur la validité des accords signés ; ainsi, les clauses relatives aux cadres pouvaient produire tous leurs effets ou au contraire, leur être inopposables. La première hypothèse concerne les accords envisageant l'application de forfaits annuels en heures ou en jours : ayant anticipé les termes de la loi AUBRY II, ils sont présumés avoir été conclus conformément à celle-ci. Quant aux accords qui étaient conformes au droit positif à la date où ils ont été conclus, mais qui heurtent les règles nouvelles, ils s'appliquent néanmoins aux contrats en cours, jusqu'à leur terme : le compte épargne temps en est l'illustration.

Au-delà de sa portée pratique, la décision du Conseil constitutionnel pose la question des rôles respectifs de la loi et de la négociation collective dans la définition de la durée du travail.

Elle renforce, sans nul doute, la valeur du droit conventionnel et conduit à reconnaître plus nettement, au sein des sources du Droit, la place spécifique des règles issues de la négociation collective.

Déjà, le rapport SUPLOT¹⁹¹ avait posé la problématique de l'extension des fonctions de la négociation collective. La convention collective se voit confier des fonctions de mise en œuvre de l'impératif légal mais aussi des fonctions quasi-législatives, parce que l'élaboration de la loi est renvoyée à la concertation sociale.

131. La Loi FILLON du 17 janvier 2003¹⁹² est venue renforcer la teneur de la négociation collective en affirmant la primauté des accords d'entreprise sur la loi, ce qui peut remettre en cause la hiérarchie des normes.¹⁹³

Par ailleurs, suite à la nouvelle définition instaurée par la loi FILLON, il peut être envisagé de rouvrir des négociations¹⁹⁴ ; tout dépend de la façon dont a été rédigé, dans l'accord sur le temps de travail, le chapitre concernant les cadres.

¹⁹¹ A. SUPLOT, « Transformation du travail et devenir du droit du travail » Ed. Flammarion, 1999

Ut Infra, 2^{ème} partie

¹⁹² Loi Fillon n° 2003-47 du 17 janvier 2003

¹⁹³ Voir également loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle et au dialogue social, JCP, G, juin 2004, p. 985, Ut Infra

¹⁹⁴ « Dénonciation et renégociation des accords 35 heures », Liaisons Sociales, juillet 2003

132. Désormais, tous les cadres (dirigeants, intégrés et autonomes) présentent moins d'intérêt puisque chacune peut conclure une convention de forfait jours. La distinction entre cadres au forfait heures et cadres au forfait jours disparaît petit à petit.

Le critère de l'autonomie, emprunté au droit communautaire, retenu pour qualifier les cadres au forfait jours, est également un indicateur pour retenir la qualification du cadre dirigeant et le fait d'utiliser un critère identique, pour deux catégories de cadres, rend encore plus floue la distinction entre ces derniers.

La définition plus souple du cadre au forfait jours donne, en réalité, toute latitude aux partenaires sociaux pour aménager les modes de décompte de la durée du travail.

133. Cette évolution vers un assouplissement de la notion de durée du travail, pour l'ensemble des cadres, nous permet, d'ores et déjà, de constater que le concept de cadre quasi-indépendant ne doit pas être limité aux seuls cadres dirigeants de la loi AUBRY mais concerne, également, certains cadres autonomes.

b- La loi sur le dialogue social du 4 mai 2004¹⁹⁵

La réforme de la négociation collective issue de la loi du 4 mai 2004 renforce le droit à la négociation par plusieurs dispositifs. Le nouvel article L. 132-2-2 du Code du travail, fait du droit d'opposition de la majorité des organisations syndicales représentatives, une règle de base de la négociation collective. Ainsi, la validité d'un accord collectif est subordonnée, soit à son approbation majoritaire, soit à l'absence d'opposition majoritaire. Ce principe est décliné à tous les niveaux de négociation : accords interprofessionnels, accords de branche et accords d'entreprise.

134. Il appartient, dès lors, à une convention de branche ou à un accord professionnel étendu de prévoir comme condition de validité des accords d'entreprise, soit une majorité d'engagements, soit l'absence d'opposition (l'option appartient à la branche et non à l'entreprise). A défaut d'accord de branche prévoyant le recours à l'engagement majoritaire, c'est le droit d'opposition qui s'applique.

135. L'opposition n'a d'effet que si les organisations syndicales sont majoritaires, c'est-à-dire ont recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ; l'opposition doit être exprimée dans un délai de 8 jours à compter de la notification de l'accord.

¹⁹⁵ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004

Voir le numéro spécial des Petites Affiches réalisé avec le concours du cabinet Barthélémy et Associés, 14 mai 2004, n° 97

136. En outre, la loi du 4 mai 2004 remet en cause la prééminence du principe de faveur. Désormais, les articles L. 132-13 et L. 132-23 du Code du travail disposent que le principe de faveur ne s'applique qu'à titre subsidiaire. Le principe est celui de l'autonomie de l'accord de niveau inférieur à l'égard de celui de niveau supérieur, mais il peut y être dérogé, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les dispositions de cet accord sont plus favorables pour les salariés.¹⁹⁶

Ce texte important renforce le droit à la négociation, avec une volonté de faire reculer la loi au profit de l'accord collectif et il consacre le principe de l'accord majoritaire. Il vient compléter et renforcer la loi sur la durée du travail instaurant un régime dérogatoire pour les cadres « autonomes » afin de bénéficier du forfait jours¹⁹⁷.

Les récentes lois sur la durée du travail accentuent encore cette flexibilité, dans la gestion du temps de travail de très nombreux cadres.

c- Les lois de 2005

137. La loi du 31 mars 2005¹⁹⁸ portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise prévoit qu'une convention, ou un accord collectif de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement, peut ouvrir la faculté au salarié qui le souhaite, en accord avec le chef d'entreprise, de renoncer à une partie de ses jours de repos en contrepartie d'une majoration de son salaire. La convention ou l'accord collectif doit déterminer le montant de cette majoration, ainsi que les conditions dans lesquelles les salariés font connaître leur choix.

138. Ce nouveau dispositif ouvre, aussi, une possibilité d'alimentation du compte épargne temps : lorsque la réduction est organisée sous forme de jours de repos, partie de ces jours, utilisables à l'initiative du salarié, peut être affectée au compte épargne temps, ce qui lui permet de bénéficier d'une rémunération immédiate ou différée, en contrepartie des périodes de congé ou de repos non prises¹⁹⁹.

139. Ainsi, il est possible de constater qu'un grand nombre croissant de cadres disposent d'une entière liberté pour gérer leur temps de travail, avec des dispositifs de plus en plus souples pour leurs journées de repos, ce qui contribue à les éloigner de la notion classique du lien de subordination, inhérent au contrat de travail. Dès lors, seule la charge de travail va conditionner le temps à y consacrer.

¹⁹⁶ Cependant, le législateur a défini des thèmes protégés où aucune dérogation moins favorable n'est possible dans les domaines suivants : salaires minima, classification, protection sociale et mutualisation des fonds de la formation professionnelle.

¹⁹⁷ A. TEISSIE, « Le droit de la durée du travail des cadres au forfait jours », JCP E, 2002, 1684

¹⁹⁸ Loi n° 2005-296 du 31 mars 2005

¹⁹⁹ La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME a, même, étendu la possibilité des forfaits jours aux non-cadres, dont la durée de travail n'est pas déterminée, tels que les commerciaux non sédentaires.

B- L'importance de la charge de travail

La charge de travail s'inscrit dans une évolution du concept de temps (1) marqué par la réduction du temps de travail (2).

1) L'évolution du concept de temps

140. Le ralentissement de la croissance en 2001 n'a pas entamé le moral des cadres, plus nombreux que les autres salariés à bénéficier de la réduction du temps de travail : huit cadres sur dix profitent des 35 heures. Ils sont, en effet, environ 77 %, contre 54 % de l'ensemble des salariés, à disposer, en moyenne, de douze jours de congés supplémentaires²⁰⁰.

Ce constat peut paraître surprenant à première vue, mais il s'explique par le fait que les cadres, dans les entreprises de moins de 50 salariés, sont peu nombreux.

D'après une enquête de l'APEC²⁰¹, les 35 heures ont conduit à une segmentation nette de l'encadrement avec 22 % de cadres dirigeants qui ne bénéficient pas de la RTT, 54 % de cadres autonomes rémunérés au forfait, et 24 % de cadres intégrés.

141. Il en résulte, pour notre étude, que les cadres des deux premiers groupes nommés « cadres quasi-indépendants », qui nous intéressent plus particulièrement, décomptent leur temps de travail en jours et non en heures, ce qui rend alors le contrôle du temps de travail par l'employeur inapplicable.

En effet, pour certaines catégories de travailleurs, l'employeur ne peut exercer, eu égard à la nature particulière de leur activité ou de leur fonction, son pouvoir de direction et son pouvoir disciplinaire. L'activité ou la fonction induit, en effet, des conditions de travail qui rendent difficile, voire impossible, que l'employeur donne des ordres, en contrôle l'exécution et éventuellement, en sanctionne les manquements ; or, ces prérogatives sont inhérentes à sa relation avec le titulaire d'un contrat de travail²⁰².

Il faut donc cibler le personnel concerné. Tout d'abord, les salariés dotés d'une indépendance technique ou d'un degré élevé d'autonomie, au niveau des conditions de travail, impliquant la responsabilité personnelle ; ils jouissent d'une relative liberté dans la détermination de l'horaire qui ne saurait être contrôlé sans affecter un élément du contrat de

²⁰⁰ Les Echos, 25 avril 2002

²⁰¹ Association pour l'emploi des cadres avril 2002

²⁰² Cf Cass. Soc., 13 nov. 1996, Société Générale : Dr. Soc., 1996, p. 1067, note J.J. DUPEYROUX

travail²⁰³. Ensuite, les salariés pour qui l'exécution de la fonction se trouve en un lieu distinct de celui de l'employeur ou des préposés. Ainsi l'impossibilité de tout contrôle impose l'évaluation de la durée du travail sur la base de l'importance de la charge de travail ou du temps normal d'exécution²⁰⁴.

Cette absence d'horaire fixe des cadres a pour conséquence de laisser planer une certaine imprécision quant à la frontière distinguant le temps de travail du temps de loisir²⁰⁵ et on les appelle parfois « *ceux qui travaillent sans compter leur temps* ».

142. La liberté d'initiative et l'autonomie accordée aux cadres mettent, à leur charge, l'obligation de se donner les moyens nécessaires pour réaliser leur mission, sans considération du dépassement d'horaires.

Selon l'INSEE²⁰⁶, un cadre français travaille en moyenne 45 heures par semaine, mais ce chiffre est à prendre avec précaution. En effet, la durée hebdomadaire varie d'une catégorie à l'autre (cadre dirigeant ou cadre autonome), d'un sexe à l'autre, et au sein des catégories socioprofessionnelles. Certes, les professions libérales ont une durée de travail bien supérieure à celle des cadres d'entreprises, et ces derniers travaillent davantage que les cadres de la fonction publique.

Bien évidemment, ce sont les cadres dirigeants qui accomplissent la durée hebdomadaire de travail la plus importante car la durée du travail augmente fortement avec le niveau de responsabilité hiérarchique.

Avec la loi RTT, nous l'avons vu, le temps de travail des cadres a manifestement été réduit, à l'exception des cadres dirigeants. Il convient d'examiner comment s'est traduite cette « révolution », sur une population qui connaît, selon certains auteurs²⁰⁷ une « crise du salariat. »

2) Les avancées de la réduction du temps de travail

Le législateur a mis en place des dispositifs permettant à cette diminution d'être effective (a) ; mais la réalité n'est pas toujours en adéquation avec la théorie (b).

²⁰³ Dans cette catégorie, on trouve principalement les cadres

²⁰⁴ Dans cette catégorie, on trouve les travailleurs à domicile, les chauffeurs routiers, les visiteurs médicaux et les commerciaux en général.

Voir en ce sens, étude de J. BARTHELEMY, « Droit de la durée du travail, temps de travail, aménagement, 35 heures » Editions Litec, 1998

²⁰⁵ Ut Infra

²⁰⁶ D'après un sondage réalisé en 2002

a- Les avancées théoriques

143. D'une manière générale, l'initiative de la négociation sur le terrain précis du temps de travail, est venue des directions d'entreprises, elle n'a pas toujours rencontré un écho très favorable, auprès de salariés méfiants et souvent en proie à d'autres préoccupations revendicatives. De facto, des rapports de force ont émergé car la demande de rééquilibrage des temps de travail est toujours latente, et notamment chez le personnel d'encadrement. Parfois même, les cadres se sont trouvés acteurs de la négociation des accords de RTT : soit en tant qu'expert de l'entreprise, comme unique interlocuteur collectif, soit le plus souvent, par l'intermédiaire d'une représentation syndicale.²⁰⁸

Dans la majorité des cas, deux conditions étaient réunies pour aboutir à une bonne négociation de la réduction du temps de travail par les cadres : la croissance et la « profitabilité de l'entreprise » d'une part, et la représentation, forte, des cadres aux négociations, d'autre part.

144. Néanmoins, malgré l'intervention des cadres, il ressort d'une analyse textuelle des accords, que les spécificités du travail des cadres et de ses temporalités sont peu prises en compte, et rarement explicitées.

La majorité des accords n'opère pas de distinction précise entre les catégories de cadres ; les quelques dispositions particulières concernent principalement la mesure et le contrôle du temps : les cadres sont généralement dispensés du badgeage²⁰⁹, exception faite des cadres assujettis à un horaire déterminé et vérifiable, regroupés dans la catégorie des cadres intégrés.²¹⁰

A titre d'exemple contradictoire, un accord tente de particulariser l'activité d'encadrement sur les spécificités du temps de travail.²¹¹

145. Aussi, les modalités de réduction du temps de travail des cadres se traduisent-elles le plus souvent, conformément aux vœux exprimés par les intéressés eux-mêmes, par des jours

²⁰⁷ A. SUPIOT, J. BARTHELEMY

²⁰⁸ En dehors des cas de mandatements, nombreux sont les accords signés, entre autres, par des cadres : soit en tant que représentants syndicaux de l'organisation, soit en tant que représentant de l'ensemble des catégories dans l'entreprise au sein d'organisation syndicales « généralistes ».

²⁰⁹ Deux accords échappent à la tendance, mais sans être, de fait, très éclairants sur les spécificités constitutives du temps de travail des cadres. Le premier concerne une entreprise de 6000 salariés de l'industrie aéronautique qui soumet 4/5 de ses cadres à un badgeage strict mais en exclut quelques 250. Le second, signé par des cadres experts, réduit l'objectif des consultants au prorata de la RTT. Cette entreprise avait ébauché, indépendamment de la RTT, une distinction, prise en compte dans la détermination des objectifs des consultants, entre temps directs et temps indirects de production.

²¹⁰ Ut Supra, introduction les exemples d'accords ARTT cités

²¹¹ Dans un établissement d'un important groupe pharmaceutique, l'accord prodigue quelques conseils formels : le cadre doit « s'habituer à travailler autrement...favoriser la délégation ... réaliser des embauches....

de repos supplémentaires, qui peuvent désormais être travaillés ou placés sur le compte épargne temps. Ils varient généralement entre 12 et 33 jours par an, à prendre, dans le respect de règles négociées, sur des bases annuelles ou mensuelles.

Le contrôle des temps de présence des cadres dans l'entreprise se fait, le plus généralement, par la remise d'un planning prévisionnel ou, dans certains cas, d'une fiche de temps auto-déclarative. Un compteur, qui enregistre, plus souvent en jours qu'en heures, les présences et les absences supposées ou déclarées, indique à chacun le « capital RTT » dont il dispose.

146. Enfin, lorsqu'elle est abordée, la question des temps « externes » au lieu de travail ne l'est qu'au travers de la fixation de règles de décompte des temps de déplacement professionnel ; ailleurs la forfaitisation « tous horaires » résout cette question de façon formelle, tout en l'éluant sur le fond.

Il faut, cependant, constater la distance, qui sépare les accords formels de la réalité. En dépit de certaines contradictions, les cadres aspirent majoritairement à s'inscrire dans la tendance générale de réduction du temps de travail, mais en l'absence d'un allègement de leur charge de travail ou d'une redéfinition de leurs objectifs ou de leur fonction, la réduction de la durée annuelle escomptée n'est que partiellement atteinte et se paie en intensification du travail quotidien.

b- Les répercussions pratiques

147. Les cadres, tentent d'organiser leur activité, pour prendre les jours de RTT auxquels ils ont droit, mais c'est au prix d'un allongement et d'une intensification de leurs journées de travail.²¹²

En effet, en l'absence d'une adaptation de la charge de travail²¹³ et d'une réévaluation plus générale du rapport entre les objectifs et les moyens, plusieurs facteurs viennent naturellement, s'ajouter aux effets évidents de la prise de jours de repos supplémentaires, et générer un alourdissement, quasi-mécanique, de la tâche quotidienne des cadres et un accroissement des tensions dans lesquelles ils se trouvent. Tout d'abord, la plupart des entreprises sont en croissance et donc en développement d'activité ; ensuite, la mise en œuvre de la RTT des salariés, en terme d'organisation et de gestion, incombe aux cadres.

La construction des plannings d'équipe devient problématique, accentuant la pression sur l'encadrement car peu d'entreprises ont recruté des cadres supplémentaires.

S'interdire de fixer des rendez-vous et des réunions après 17 heures...mettre en œuvre de bonnes pratiques de réunions... »

²¹² P. BOUFFARTIGUE, M. BOCCHINO, « Travailler sans compter son temps ? Les cadres et le temps de travail », Travail et emploi, n°74

²¹³ M. A. MOREAU, « Temps de travail et charge de travail », Dr. Social, mars 2000

En outre, les quelques recrutements de cadres ont porté sur des « débutants », qui ne sont pleinement opérationnels qu'au bout d'un certain temps d'apprentissage et de formation.

En pratique, le renforcement de la tâche des cadres, soumis à des objectifs inchangés, voire alourdis, ne s'accompagne d'aucune réelle mise à disposition de moyens nouveaux ; il en résulte un stress, souvent accentué, les veilles de prise de journées de RTT. De plus, un sentiment de culpabilité naît de ces nouvelles conditions de travail, pour les cadres qui veulent « prendre les jours » auxquels ils ont droit et pour lesquels ils ont parfois donné plus que les autres.²¹⁴

148. Ainsi, donc, pour les cadres qui prennent leurs journées de repos supplémentaire²¹⁵, la durée du travail au quotidien s'allonge et le travail s'intensifie, car, dans les domaines complexes d'activités, qui sont ceux des cadres, la planification est difficile et l'évaluation de la relation charge/durée malaisée. En outre, chaque cadre se heurte à l'indétermination temporelle des tâches de réflexion, de création, de rédaction, de décision, car elles ont souvent pour point commun de faire appel, à la fois, à des connaissances techniques et méthodologiques, et des ressources psychiques.²¹⁶

149. Les temps de production s'éloignent ainsi, par leur nature même, des temps industriels, des « temps des machines », à tel point que les approximations prévisionnelles, liées à ce type d'activité, obligent les cadres à une gestion permanente, stressante et culpabilisante, des écarts entre « temps prévus, temps effectivement nécessaires et délais imposés ».

150. Quant aux cadres dirigeants, ils constituent une catégorie éminemment hétérogène de salariés, dont la caractéristique première tient à la responsabilité qu'ils engagent dans la prise de décision stratégique de leur entreprise : membres exécutifs du pouvoir, ils peuvent parfois influencer, mais rarement maîtriser, la décision politique qu'ils doivent servir.

Une latitude suffisante dans l'organisation, un niveau élevé de responsabilité et d'autorité, notamment attestés par l'importance des fonctions et des rémunérations, justifient sur ce plan que la loi et la jurisprudence les tiennent à l'écart de la réglementation sur la durée du travail.

²¹⁴ Un ingénieur explique que « les cadres sont contributifs du système ». « *Si mon travail n'est pas fait, je vais culpabiliser. On a un métier qui est un peu géré au stress, qu'on le veuille ou non* ».

²¹⁵ Cf Loi n° 2005-296 du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise avec les dispositions relatives au temps choisi où une possibilité est prévue pour les cadres d'effectuer davantage d'heures ou de renoncer à une partie de leurs jours de repos en contrepartie d'une majoration salariale

²¹⁶ A. SUPIOT, « Temps de travail : pour une concordance des temps », Dr. Soc., Décembre 1995

Maîtres absolus de leurs moyens et de l'organisation de la délégation, ce sont sans doute les salariés les mieux placés pour optimiser la gestion de leur temps de travail et, à titre de défi et d'exemplarité, souvent en sont-ils les plus désireux.²¹⁷

151. Dans la lignée des cadres, en marge de la réduction du temps de travail, les consultants ou les cadres commerciaux sont largement représentés. Ceux-ci fournissent une prestation ou un service basé sur l'expertise et la compétence professionnelle, avec la particularité que le prescripteur de la prestation, ou du produit, est toujours un client externe, dont le cadre tire un certain parti financier et personnel.

Le cadre expert « indépendant » est, quant à lui, le salarié d'une entreprise, qui lui fournit les moyens et lui assigne les objectifs, mais sa rémunération est directement liée au nombre et au prix des prestations qu'il effectue directement ou qu'il procure à l'entreprise. Ce cadre répond au modèle de la profession libérale²¹⁸ où le lien entre activité/temps de travail/résultat/ rémunération est direct. Pour cette catégorie, le contrôle du temps de travail, effectué pour partie, hors de l'entreprise, est très difficile mais, surtout, sa réduction n'est pas toujours souhaitée par les intéressés eux-mêmes, car elle implique, arithmétiquement, une perte proportionnelle de salaire. C'est au sein de ce groupe que l'on retrouve les cadres les plus réfractaires à une réduction de leur temps de travail.

152. Le lien entre temps de travail et charge de travail apparaît, dans cette nouvelle approche, sous plusieurs angles :

- d'abord, sur le terrain, traditionnel, de la qualification du temps de travail effectif : la charge de travail correspond au travail commandé par l'employeur.
- ensuite, la charge de travail devient l'une des composantes accessoires du statut conventionnel des cadres : les cadres autonomes peuvent accepter d'être soumis à des conventions individuelles de forfait, sur une base hebdomadaire ou mensuelle, sans accord collectif préalable.

153. Mais pour que le mode de référence soit l'année, un accord collectif préalable doit être conclu ; dans tous les cas, en vertu de l'article L. 212-15-3 alinéa 2, les accords collectifs

²¹⁷ A. JEAMMAUD, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Dr. Soc., Mars 1998

²¹⁸ Voir en ce sens, J. BARTHELEMY, « Le professionnel libéral et les 35 heures », Dr. Soc., Mai 2000

« L'indépendance technique, caractéristique de l'exercice libéral, et le degré très important d'autonomie en matière de conditions de travail qui en résulte ne pouvaient conduire qu'à une seule conclusion : la rémunération est ici indépendante de l'horaire, tout contrôle des temps de travail par l'employeur, constituant indirectement une remise en cause potentielle de l'indépendance. La situation est identique à celle du cadre dirigeant, même si les raisons en sont différentes. Au demeurant, la finalité du contrat, c'est l'exercice d'une profession, ce qui induit l'égalité de tous les professionnels ; mais aussi l'accomplissement de missions qui ne peuvent d'autant moins se mesurer en temps qu'elles s'entendent, non seulement de prestations techniques, mais aussi de valeurs morales caractérisant la déontologie. »

doivent prévoir « *les conditions de suivi de l'organisation du travail, et de la charge de travail qui en résulte.* »²¹⁹

Dès lors, les partenaires sociaux ont l'obligation d'introduire une clause permettant d'établir une corrélation entre le temps de travail du cadre et sa charge de travail, autorisant les conventions de forfait.

Ainsi, le fonctionnement du cadre s'éloigne du travail commandé, et ce d'autant plus que son indépendance technique suppose qu'il organise la planification de ses tâches, sans être astreint à un contrôle quotidien.

II- Dans la planification de ses tâches

154. Le chef d'entreprise laisse au cadre une large marge d'initiative, quant à la démarche à suivre, et quant aux moyens à mettre en œuvre. Le contenu du travail des cadres a profondément changé. Avec la conclusion des accords de réduction du temps de travail, l'organisation du travail s'est modernisée.

La RTT s'est accompagnée d'un renforcement de la polyvalence des travailleurs, et de leur implication, ainsi que du recours aux technologies de l'information. Les entreprises ont dû et su s'adapter et optimiser leur fonctionnement en se recentrant sur les tâches essentielles ; un exemple significatif est celui des réunions ou rencontres dont les entreprises ont désormais diminué la fréquence, considérant qu'elles sont peu productives, et génératrices de perte de temps, notamment en transport.²²⁰

La mise en place d'un forfait en jours s'avère, dès lors, délicate, et soulève des difficultés imbriquées : celle de l'organisation du planning du cadre (A), qui renvoie à un décompte du temps de travail effectif plus souple (B).

A- Du temps de travail au temps de mission

155. Le passage aux 35 heures a redonné de la vigueur au concept de durée du travail effectif²²¹, car l'examen des accords montre que les partenaires sociaux ont négocié sur le temps de travail effectif. Telle pause, tel trajet est, ou n'est pas, conventionnellement

²¹⁹ Voir en ce sens, Cass. Soc., 16 novembre 1999, Liaisons sociales, n° 6658 : la charge de travail doit être compatible avec ses horaires.

²²⁰ P. ASKENAZY, « Assouplissement des 35 heures : un piège pour les PME ? » Les Echos, janvier 2003

²²¹ En ce sens, G. BELIER, « Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination », Dr. Soc., 1998, p. 530

considéré comme du temps de travail effectif.²²² *« Sauf à renvoyer le traitement des difficultés à la négociation individuelle, solution peu réaliste, sauf à rester muet et à laisser le juge trancher la difficulté, solution aléatoire, il appartient aux partenaires sociaux de proposer un mode d'emploi complet de cette notion. Bien qu'il joue un rôle important dans la négociation, le temps est, en définitive, toujours difficile à maîtriser. Tous ceux qui sont amenés à le gérer devraient, en toutes circonstances, méditer ce dicton corse : le temps ne respecte que ce qui se fait avec lui ».*²²³

156. Dès lors qu'il est difficile de mesurer la charge réelle de travail, le recours aux unités du temps pour la quantifier, fait naître des difficultés dans la définition du temps de travail effectif.

*« Tant qu'il s'agit du louage de la force de travail corporelle, à la rigueur on peut s'accommoder de cette unité de mesure. Mais à partir du moment- et nous y sommes- où la prestation exigée appelle la réflexion, la créativité, où donc le travail intellectuel- du cerveau- relaie le travail physique- du corps- le temps astronomique n'a plus guère de sens (et difficile est de comprendre qu'un avocat puisse facturer ses services à l'heure !) »*²²⁴

La réduction massive de la durée légale hebdomadaire du travail, issue de la Loi du 13 juin 1998²²⁵, a ainsi relancé le débat sur le concept de travail effectif, notion importante pour comptabiliser le temps de travail, notamment pour le décompte des heures supplémentaires.²²⁶ La notion de travail effectif a été définie, légalement, par l'article 5 de la loi AUBRY I, en faisant une référence explicite à la vie personnelle du salarié.

« La durée du travail effectif est le temps pendant lequel le salarié est à la disposition de son employeur et doit se conformer à ses directives sans pouvoir vaquer librement à des occupations personnelles. »

157. L'évolution des moyens de communication, d'information avait nécessairement été à l'origine d'une réflexion jurisprudentielle, destinée à cerner la qualification juridique des temps, non réellement consacrés à l'exécution de la prestation de travail par le salarié, mais pendant lesquels celui-ci se trouve à la disposition de l'employeur ; dès lors l'ancien article L. 212-4 du Code du travail, qui définissait le concept applicable à l'organisation de l'activité de l'usine, souffrait d'un besoin de réécriture, pour s'adapter à la « civilisation Internet ».

²²² A. CHEVILLARD, « Le contentieux du temps de travail effectif », SSL, 29 novembre 1999, n° 958

²²³ P.H. ANTONMATTEI, « Le temps dans la négociation 35 heures », Droit social, mars 2000

²²⁴ G. LYON-CAEN, « Considérations intempestives sur le temps », Droit Social, mars 2000

²²⁵ Loi n° 98-461 du 13 juin 1998, dite Loi Aubry I

²²⁶ J. BARTHELEMY, « La notion de durée du travail et la civilisation de l'information », JCP, G, mars 1998

Par ailleurs, les cadres pratiquent souvent des déplacements qui engendrent des difficultés pour le décompte du travail effectif (1) ; le temps de mission pose des difficultés quant au respect du repos hebdomadaire et de la durée maximale du travail (2).

1) Les temps de trajet

La qualification du temps de trajet est floue (a) ; seule la loi du 18 janvier 2005 apporte des précisions (b).

a- Les imprécisions du droit positif

~~158~~ La loi ne définissait pas le temps de déplacement, grand absent de la loi du 19 janvier 2000, alors que les autres temps font l'objet d'une réglementation. Par ailleurs, la rareté du contentieux ne permet pas d'avoir des certitudes juridiques sur la définition et le régime du temps de déplacement.

En outre, les TIC ont bouleversé l'utilisation des temps de trajet et s'il reste difficile de véritablement travailler dans l'avion ou le train, cela permet quand même d'avancer son travail : temps personnel ou temps professionnel, la question est posée.

En matière d'accident du travail, la jurisprudence a défini le temps de trajet : temps passé entre le lieu où s'accomplit le travail et sa résidence, dans des conditions où le salarié n'est pas encore ou n'est plus soumis aux instructions de l'employeur²²⁷. Ce temps n'est pas du temps de travail, à l'inverse, le temps de déplacement entre deux sites de l'entreprise, ou entre l'entreprise et un client, doit être considéré comme un temps de travail.

Sous réserve de l'appréciation des tribunaux et compte tenu de la liberté laissée par la loi aux négociateurs, il est possible d'envisager, au moins trois solutions :

- le temps de déplacement n'est pas du temps de travail effectif mais une sujétion liée à l'emploi, ou à certains emplois, sur le même mode que les astreintes. Dans ce cas, la sujétion doit donner lieu à une compensation spécifique mais le temps n'est pas pris en compte pour le calcul de la durée du travail.
- le temps de déplacement est du temps de travail effectif qui est comptabilisé dès lors qu'il conduit à une durée du travail supérieure à la durée habituelle de travail, plus le temps de trajet habituel.
- le temps de déplacement n'est pas du temps de travail effectif, ni une sujétion. Il s'agit donc d'un temps personnel assimilable à un temps de trajet, à l'exception des déplacements

²²⁷ Cass. Assemblée Plénière, 5 novembre 1992, n° 89-86. 340, Bull. civ. Ass. Plén. n° 11, arrêt n° 2

effectués dans le cadre de l'horaire habituel de travail qui ne donnent pas lieu à un décompte négatif de la durée du travail.

159. Le bilan de la négociation²²⁸ sur la réduction du temps de travail démontre que les négociateurs ont le plus souvent ignoré, à l'instar de la loi, la question, au lieu de définir des règles permettant de trouver des réponses. De ce fait, il reviendra manifestement au juge d'apprécier souverainement s'il y a matière ou non à requalification²²⁹.

Une question délicate mérite d'être soulevée, lors d'un envoi en mission - ou pour les salariés qui travaillent essentiellement en clientèle²³⁰ - le temps de trajet entre le domicile et le lieu de mission, ou entre deux clients, est-il du temps de travail ?

La Cour de cassation s'en tient à une position de principe qui n'exclut aucune solution ; pour elle, il revient aux juges du fond, au regard des éléments fournis par l'employeur et le salarié, de former sa conviction sur le nombre d'heures de travail effectuées.

160. La chambre Sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 16 décembre 1997,²³¹ a confirmé la solution de la Cour d'appel, qui a considéré que les déplacements d'un salarié, hors du temps habituel de travail, ne sont pas assimilables à du temps de travail effectif, dès lors qu'il n'est pas démontré, que c'était pour se conformer aux directives de son employeur, que le salarié effectuait des déplacements, selon des modalités et des horaires l'amenant à voyager en dehors du temps de travail habituel.

Cette décision peut être rapprochée de la jurisprudence relative au temps de déplacement des représentants du personnel. Pour la Cour de cassation, la rémunération du temps de trajet d'un représentant du personnel, pour se rendre à une réunion du comité d'entreprise, est due par l'employeur, dès l'instant que le trajet n'est pas effectué pendant une période de travail et qu'il dépasse en durée, le temps normal de déplacement entre le domicile du salarié et le lieu de travail.²³²

²²⁸ Accord d'entreprise portant sur l'aménagement et la réduction du temps de travail du « groupe Limagrain » ne prévoit aucune disposition sur les temps de déplacements.

Accord de la « Manufacture française des pneus Michelin MFPM » prévoit que le temps de déplacement et de travail est payé et décompté sur la base du temps de travail effectif. Ainsi, les rédacteurs de l'accord restent dans le flou.

²²⁹ Cf M. MORAND, « Temps de trajet-temps de déplacement : quelles qualifications ? », RJS 2004, p. 190

M. MOREL, « Temps de trajet et temps de travail effectif : une situation à stabiliser », SSL 2004, n° 1160

S. BEAL et A. GIROUD, « Trajets et temps de travail effectifs », JCP E, 2004, 285

G. VACHET, « Le trajet au regard du droit social », JSL 2004, n° 146-1

²³⁰ Ce qui est le cas notamment des cadres commerciaux ou technico-commerciaux dont l'essentiel de l'activité se passe en dehors des sites de l'entreprise et dont la charge de travail dépend du client.

²³¹ Cass. Soc., 16 décembre 1997, n° 95-41. 816, Juris. Actua. n° 7827 du 13 mars 1998

²³² Cass. Soc., 30 septembre 1997, n° 95-40. 125, Juris Hebdo. n° 7748 du 14 octobre 1997

De ces deux décisions, il résulte que, lorsque le dépassement du temps de travail habituel, auquel s'ajoute le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail principal²³³, est le fait de l'employeur, ou résulte de l'organisation du travail choisi par lui, le temps de déplacement peut être assimilé à du temps de travail effectif.²³⁴ Bien souvent, sur cette question, les tribunaux seront enclins à s'en tenir aux règles négociées, sauf à sanctionner les éventuels abus.

161. Pour sa part, la circulaire du 14 avril 2003²³⁵ distingue trois situations. Le temps de trajet :

- entre le domicile et l'entreprise, n'est pas considéré comme un temps de travail effectif²³⁶, même si l'employeur demande au salarié de transporter d'autres salariés en employant un véhicule de l'entreprise. En effet, pendant le trajet de son domicile à son lieu de travail ou d'intervention, et de celui-ci à son domicile, le salarié n'est pas à la disposition de son employeur, il n'est pas soumis à ses directives et demeure maître de la gestion de son trajet ;
- entre le siège de l'entreprise et le lieu du chantier, est le plus souvent qualifié de temps de travail effectif sauf si le passage du salarié par l'entreprise n'est pas obligatoire.
- pour se rendre directement du domicile au lieu de chantier n'est ni décompté, ni payé comme temps de travail effectif.

162. Un arrêt récent vient préciser la qualification des trajets, à propos d'un formateur itinérant recevant des ordres de mission²³⁷. Le temps habituel du trajet²³⁸ entre le domicile et le lieu de travail, ne constitue pas en soi un temps de travail effectif ; si le formateur itinérant ne rentre pas à son domicile entre deux formations, il s'agit d'un temps de travail puisque « entre deux lieux de travail différents » .

Enfin, pour un salarié qui doit se rendre régulièrement, à la demande de l'employeur, auprès d'entreprises clientes, qui effectue des déplacements en dehors de la période de travail et qui

²³³ Cf M. MORAND, « Durée du travail : le juge s'en mêle, s'emmêle et démêle », SSL, 18 octobre 2004

²³⁴ Voir en ce sens, Cass. Soc., 5 novembre 2003, AFPA contre Marini, comm. H. PESCHAUD, Droit Ouvrier, février 2004 : La Cour de cassation considère une fois de plus que le temps de trajet d'un représentant du personnel, qui dépasse, en durée, le temps normal de déplacement entre son domicile et le lieu de travail habituel, est dû par l'employeur pour la participation aux réunions organisées à son initiative.

Cet arrêt montre également une évolution très positive pour les salariés de droit commun, dont le régime juridique du temps de trajet semble aujourd'hui être purement et simplement aligné sur celui plus favorable du temps de trajet des représentants du personnel.

²³⁵ Circulaire DRT n° 6, 14 avril 2003, JO 18 janvier, article 3

²³⁶ Cass. Soc., 16 mai 2001, n° 99-40. 789

²³⁷ Cass. Soc., 5 novembre 2003, AFPA, n° 2285 FS-P+B+R+I, LS n° 14013 du 18 novembre 2003

²³⁸ Voir en ce sens J. E. RAY, « Temps professionnel et temps personnels », Dr. Soc., Janvier 2004

dépasse en durée le temps normal du déplacement entre le domicile et le lieu de travail, ce temps de déplacement doit être assimilé à un temps de travail effectif.²³⁹

163. Dans les forfaits jours, le temps de trajet sera à prendre en compte pour le temps de repos minimum de 11 heures consécutives.²⁴⁰

Cependant, ici, si l'on raisonne à partir de la création prétorienne, qui inclut le temps de trajet dans le travail effectif (à l'exception du temps de trajet domicile / lieu de travail), ce principe est manifestement incompatible avec l'activité d'un cadre quasi-indépendant qui, bien souvent, effectue des trajets de très longue durée. La durée quotidienne du travail dépasse, alors, la durée légale.

Il a fallu attendre la loi « BORLOO » du 18 janvier 2005²⁴¹ pour clarifier la situation.

b- La clarification du concept avec la loi du 18 janvier 2005

164. Le législateur a modifié les règles applicables au temps de déplacement professionnel, en insérant un quatrième alinéa à l'article L. 212-4 du Code du travail. Désormais, le temps de déplacement professionnel pour se rendre sur le lieu d'exécution du contrat de travail n'est pas un temps de travail effectif²⁴² ; néanmoins, le législateur reconnaît que certains temps de déplacement sont des temps « contraints » qui ouvrent droit à des contreparties²⁴³.

En réalité, cette réforme législative, réalisée dans la précipitation, n'a pas pour ambition de bouleverser la gestion des temps de déplacements professionnels, mais la rédaction maladroite et insuffisante du texte risque de faire naître de nouveaux contentieux. Si l'on fait une interprétation stricto sensu du texte, le temps de déplacement ne peut être qualifié de travail effectif même s'il ouvre au salarié des contreparties. Ainsi, pour le cadre au forfait jours, le temps de déplacement, correspondant à une journée, ne s'imputera pas sur son forfait annuel, puisqu'il n'est pas soumis à un horaire quotidien de travail. En revanche, il est

²³⁹ Cass. Soc. , 5 mai 2004, n° 01-43. 918, RJS 2004, n° 819, Dr. Soc. 2004, 899, obs. C. RADE.

²⁴⁰ En ce sens une question annexe se pose quant au temps de formation

Voir Cass. Soc., 23 septembre 2003, Liaisons Sociales 9 octobre 2003, n° 8415 : les actions de développement des compétences pourront se dérouler en dehors du temps de travail, (et donc parfois au domicile où les conditions d'apprentissage ne sont pas toujours idéales malgré les avancées du haut débit et les E-learning) dans la limite de 80 h par année civile et par salarié, l'employeur devant présenter au comité d'entreprise la répartition de ces actions

²⁴¹ Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale

²⁴² Cf P. H. ANTONMATTEI, « Temps de trajet : il ne manquait plus qu'une intervention législative », Dr. Soc., 2005, p. 410

M. MORAND, « Les déplacements professionnels après la loi de cohésion sociale », RJS 2005, p. 247

²⁴³ Voir en ce sens, D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Le temps de déplacement professionnel », JCP, E, 16 juin 2005

cohérent de penser que ses jours de repos vont se trouver amputés²⁴⁴. Les temps de déplacement peuvent alors se rapprocher des astreintes²⁴⁵ : ce n'est pas du travail effectif, ni du temps de repos ; c'est un « temps du troisième type »²⁴⁶.

Outre les problèmes des temps de déplacement, des difficultés surgissent sur le temps de repos hebdomadaire ou la durée maximale du travail.

2) Le repos hebdomadaire et la durée maximale du travail : la position du droit européen

165. Le législateur n'a pas pris le soin de définir expressément les dispositions applicables en matière de durée du travail. Manifestement, le droit commun de la durée du travail est inapplicable aux cadres en forfait jours ; c'est donc le droit européen²⁴⁷ qui s'est saisi du problème.

166. A la demande la CFE-CGC, le Comité européen des droits sociaux (CEDS)²⁴⁸ a conclu, dans une décision rendue publique²⁴⁹, que le droit français viole la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996 sur le forfait jours applicable aux cadres intermédiaires²⁵⁰.

²⁴⁴ Le déplacement professionnel réalisé un dimanche porte-t-il atteinte à la règle du repos dominical posée par l'article L. 221-5 du Code du travail ?

N'y a-t-il pas violation de la règle du repos hebdomadaire de 24 heures et de celle du repos quotidien de 11 heures consécutives dans le cas où le déplacement se révèle particulièrement long ou se situe à la fin d'une journée de travail ?

²⁴⁵ Ut infra

²⁴⁶ Expression empruntée à J. E. RAY, « Les astreintes, un temps de troisième type », Dr. Soc., 1999, p. 250

²⁴⁷ Voir, « Le forfait jours des cadres ne tient pas la route au regard du droit européen », Liaisons Sociales Europe, 11 mai 2005

²⁴⁸ Le CEDS est un organe de contrôle mis en place par le protocole additionnel à la Charte du 9 novembre 1995 instaurant un système de réclamations collectives qui permet de le saisir en cas de violations alléguées de la Charte. Le CEDS est chargé de l'appréciation juridique de la Charte, mais la portée de ses décisions est toutefois relative. En effet, il est tenu de transmettre un rapport au Comité des ministres, organe politique composé de représentants des Etats signataires. Ce comité doit alors adopter une résolution dans laquelle il a la possibilité, mais non l'obligation de recommander à l'Etat de prendre des mesures spécifiques pour mettre la situation en conformité avec la Charte. Le comité a donc le pouvoir de « neutraliser » la décision du CEDS.

²⁴⁹ Comité européen des droits sociaux, 30 novembre 2004, CFE-CGC c/ France, réclamation n° 16/2003

²⁵⁰ Le CEDS entérine néanmoins plusieurs autres points de la législation française sur les forfaits jours : la loi du 17 janvier 2003 valide de manière rétroactive les accords collectifs antérieurs qui instituaient des forfaits jours. Le CEDS décide que cette validation n'emporte pas, en tant que telle, violation de l'article 2, paragraphe 1 de la Charte sur le droit à un travail d'une durée raisonnable. La législation française ne viole pas l'article 6, paragraphe 4 de la charte qui protège le droit de grève. La CFE-CGC alléguait que le système de forfait rendait impossible tout décompte du temps de travail et donc l'éventuelle cessation du travail en heures. Pour le CEDS, la preuve n'est pas apportée que les dispositions relatives au forfait jours induisent une discrimination au regard de l'exercice du droit de grève. Le CEDS se réserve néanmoins la possibilité de contrôler cet aspect dans les rapports d'experts qu'il rédige régulièrement sur chaque Etat. A défaut de preuve suffisante, le système du forfait jours ne contredit pas l'article 27 de la Charte qui protège l'égalité de traitement entre les travailleurs au regard des responsabilités familiales. (La CFE-CGC prétendait que le système de forfait ne permettait pas aux cadres concernés de bénéficier, à l'égal des autres travailleurs, des mesures nationales favorisant la prise en charge de leurs responsabilités familiales).

Les mesures de flexibilité du temps de travail ne sont pas, en tant que telles, contraires à la Charte mais pour être jugées conformes, elles doivent répondre aux critères suivants :

- empêcher que la durée du travail journalière ou hebdomadaire ne soit déraisonnable ;
- être établies dans un cadre juridique prévoyant des garanties suffisantes ;
- fixer les périodes de référence d'une durée raisonnable pour le calcul de la durée moyenne du travail.

Selon la CEDS, les deux premières conditions n'étant pas remplies, cela suffit à caractériser la violation de la Charte. En effet, sur le premier critère, le CEDS observe que le système du forfait jours ne fixe aucune limite à la durée journalière et hebdomadaire de travail, malgré le droit à un repos quotidien de onze heures consécutives et à un repos hebdomadaire de 24 heures consécutives. Ainsi, les cadres concernés peuvent être amenés à travailler jusqu'à 78 heures par semaine, durée manifestement trop longue, qui contrevient à l'article 2, paragraphe 1 de la Charte, par lequel les Etats signataires s'engagent à « *fixer une durée raisonnable de travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent.* »

Sur le deuxième critère, le CEDS estime que le système de flexibilité doit fonctionner dans un cadre qui délimite clairement la marge de manœuvre laissée aux employeurs et aux salariés pour modifier, par accord collectif, la durée du travail. Or, si le système du forfait jours ne peut être mis en place sans la conclusion de conventions collectives fixant les modalités de suivi de la durée du travail. Dès lors, la procédure de négociation collective n'offre pas de garanties suffisantes pour le respect de l'article 2, paragraphe 1 de la Charte.

167. Par ailleurs, en instituant des forfaits jours, la loi a supprimé toute possibilité pour les cadres d'être rémunérés en heures supplémentaires. Pour le CEDS, cette situation est contraire à l'article 4, paragraphe 2 de la Charte selon lequel, « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les parties s'engagent à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers.* » Or, par leur nombre et la fonction qu'ils exercent, les cadres intermédiaires n'entrent pas dans la catégorie des exceptions admises par l'article 4, paragraphe 2. sont anormalement élevées. Dans ces conditions, une période de référence d'un an est excessive.

168. Que la violation de la Charte soit confirmée ou non par le Comité des ministres, il convient de s'interroger sur l'analyse des forfaits jours par le droit communautaire. En effet,

plusieurs éléments pourraient conduire, par des voies différentes, à la même conclusion que le CEDS.

D'une part, les forfaits jours ne sont soumis, par la volonté du législateur, à aucun plafond de travail hebdomadaire, si ce n'est indirectement par référence au repos quotidien et hebdomadaire²⁵¹, or l'article 6 de la directive prévoit que la période hebdomadaire de travail ne peut excéder 48 heures par semaine, y compris les heures supplémentaires.

D'autre part, l'article 31, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union reconnaît à tout travailleur le droit à une limitation de la durée maximale de travail. Le système de forfait jours, qui peut conduire les intéressés à travailler jusqu'à 78 heures par semaine, ne semble pas respecter cette obligation fondamentale pour la santé et la sécurité des travailleurs.

Ainsi, une fois encore, l'exercice professionnel d'un cadre quasi-indépendant s'avère peu compatible avec la réglementation du Droit du travail, en dépit des efforts récents consentis par le législateur.

*

* *

169. La mesure du temps de travail se révèle complexe car il s'agit de plus en plus d'un travail de l'intelligence ; le décompte du temps chez un cadre quasi-indépendant n'est pas quantifiable.

Distinguer ce qui est, et ce qui n'est pas un temps de travail effectif, devient de plus en plus malaisé. Des situations, pour l'instant non qualifiées juridiquement avec précision, vont nécessairement devoir l'être avec l'évolution des moyens de communication : au juge d'apprécier l'état de subordination, pour le temps où le salarié est resté avec son portable, connecté à l'entreprise, à partir de son domicile.

Temps libre, temps contraint : c'est nécessairement une réflexion à laquelle la jurisprudence aura à se livrer, dans une approche qui devra distinguer entre vie professionnelle et vie privée²⁵².

170. Dans un arrêt du 19 mars 2003²⁵³, la Cour de cassation admet pour un litige antérieur à la loi du 19 janvier 2000, en raison d'un degré élevé d'autonomie dans les

²⁵¹ Voir la position de J. BARTHELEMY, « Salariat. Essai sur la parasubordination », SSL, 8 septembre 2003
« Est contraire aux principes généraux du droit du travail et de la protection sociale l'exclusion, par la loi Aubry II, des cadres dirigeants et assimilés de toute la réglementation de la durée du travail : si la mesure du temps de travail est pour eux impossible en raison du degré de leur autonomie, il n'y a aucune raison que ne leur soient pas applicables les règles de protection relevant de l'ordre public au sens civiliste du terme, telle la durée minimale du repos entre deux journées ou deux semaines de travail. »

²⁵² Ut infra

conditions de travail, que la rémunération, qui doit alors être importante, puisse être indépendante de l'horaire. Ainsi, lorsque le degré d'autonomie en matière de conditions de travail est très grand et que le cadre est indépendant techniquement, la mesure de la durée effective du travail est impossible²⁵⁴.

Manifestement, les dispositions mises en place par le législateur sont inadaptées pour une personne pourvue d'indépendance technique ; la cohérence de la prise d'une pause, le décompte du temps utilisé pour un trajet sont dépourvus de sens car le cadre doit gérer seul sa quantité de travail.

L'origine de cette autonomie doit être recherchée dans la nature du travail lui-même, qui nécessite davantage des bilans périodiques, plutôt qu'un contrôle quotidien.

B- Du contrôle quotidien aux bilans périodiques

Les causes de l'affaiblissement du poids hiérarchique quotidien sont multiples (A) ; le cadre rend, avant tout, des comptes surtout sur le résultat de la mission (2).

1) Les causes sociologiques

171. Selon P. BOUFFARTIGUE *« on peut penser que chez les cadres, les facteurs qui incitent aux longs horaires de travail sont, moins directement que chez les salariés d'exécution, liés aux pressions économiques et sont plus médiatisés par les normes sociales ou les représentations culturelles. »*²⁵⁵

Plus que pour d'autres catégories professionnelles, l'acceptation d'une durée longue dans le travail, repose sur une adhésion active, renvoyant à un mode d'inscription spécifique dans la relation salariale, fondée sur la notion de confiance. Cette confiance repose sur les distinctions statutaires, sur l'autonomie reconnue aux cadres, et sur la gestion d'une carrière. D'ailleurs, force est de constater que plus on monte dans la hiérarchie sociale, plus les horaires sont irréguliers, en raison de la liberté de gestion laissée au cadre.

172. Les facteurs explicatifs de ces longues durées de travail sont nombreux et se combinent entre eux. Tout d'abord, l'intérêt pour le travail est souvent fort, car il permet d'obtenir des revenus élevés et d'accéder à des postes de direction, donc à l'autonomie et au

²⁵³ Cass. Soc., 19 mars 2003, Droit Social juillet/août 2003, commentaire J. BARTHELEMY, op.cité

²⁵⁴ Voir aussi, J. BARTHELEMY, « Indépendance ? Indépendance ! », op.cité

²⁵⁵ P. BOUFFARTIGUE, « Sociologie des cadres », La découverte, 2000

pouvoir. Ensuite, le travail induit un statut social et un niveau de salaire en équation avec le niveau d'études et l'ancienneté professionnelle. Dès lors, la disponibilité et l'autonomie temporelle font partie de l'identité sociale du cadre, celui-ci concevant sa mission avant tout comme la réalisation d'objectifs. Enfin, la disponibilité temporelle s'inscrit dans une culture du plus fort, et une compétition accrue, sur un fond de crise économique et de pression.

Toutes ces causes se combinent entre elles et se résument dans l'adage « le temps, c'est de l'argent » : la rémunération n'est alors pas réellement indépendante du temps de travail pour cette catégorie de salariés.

Ainsi, tout laisse penser que l'ensemble des cadres doit faire preuve d'une grande disponibilité, qui constitue la norme de référence pour réaliser une mission, avec liberté d'initiative et autonomie.²⁵⁶

173. Contrairement aux salariés « classiques », les cadres quasi-indépendants sont confrontés à une quasi obligation de résultat, ils doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour réaliser leur mission, peu importe le temps que cela implique.²⁵⁷

2) La consécration du changement

174. Logiquement, cette obligation de résultat²⁵⁸, dans la réalisation de la mission, s'accompagne d'une exigence particulière de disponibilité, requise au moment du recrutement, mais aussi tout au long de l'exécution du contrat de travail. Dans cette logique, le manque de disponibilité, générateur d'une mauvaise exécution de la mission, justifie la rupture du contrat de travail.

175. C'est ce qu'illustre un arrêt de la Cour de cassation²⁵⁹, refusant d'admettre l'atteinte à la vie privée d'un cadre, qui ne s'était pas déplacé à son travail, un samedi matin, au motif qu'il devait assumer seul la charge de sa fille malade. Les juges mettent, à la charge des

²⁵⁶ F. FAVENNEC-HERY, « Temps de travail des cadres, temps de travail de demain », Editions liaisons 2003, 121 pages.

²⁵⁷ Voir en ce sens, J. BARTHELEMY, « Les relations du salaire et des temps de travail », Dr. Soc., 1997, p. 581

²⁵⁸ En ce sens, M. DEL SOL « L'activité salariée aujourd'hui et demain », 1998, Ellipses

L'auteur montre que les entreprises tendent à négocier avec leurs cadres des clauses de résultat ou d'objectifs ; lors de la conclusion du contrat, le salarié accepte, par une stipulation expresse, une obligation de résultat (par exemple tel chiffre d'affaires, atteindre tel quota). Il s'agit d'un engagement contractuel dont le non-respect par le salarié peut entraîner des répercussions sur le montant de sa rémunération, mais aussi et surtout sur sa présence dans l'entreprise. Par ce mécanisme contractuel, il est procédé à un transfert des risques économiques de l'activité à la charge du salarié. Des distances sont ainsi prises avec la condition salariale et un glissement s'opère vers le travail indépendant, ut infra.

²⁵⁹ Cass. Soc., 27 novembre 1991, Dalloz 1992 : « Monsieur Ferrand, ingénieur-système, avait refusé de se rendre sur son lieu de travail un samedi pour assurer la mise en service d'un ensemble informatique alors qu'il

cadres, une « obligation renforcée de coopération » et par conséquent une obligation de disponibilité.²⁶⁰

176. Ainsi, sous l'influence de l'élévation des compétences, des qualifications et de l'autonomie des cadres, d'autres modèles d'organisation du travail se sont développés, avec de nouvelles conceptions du pouvoir dans l'entreprise.

A. SUPLOT met en exergue l'autonomie du cadre, afin qu'il puisse développer son talent. *« Le trait commun de ces conceptions est de miser à nouveau sur l'homme et ses capacités personnelles comme facteur de productivité et d'efficacité économique. Il s'agit de rendre à l'homme au travail une autonomie qui lui permette d'exprimer son talent propre, tout en sauvegardant l'essentiel, c'est-à-dire la maîtrise de l'employeur sur les fruits de ce travail. »*²⁶¹

Bon nombre de cadres, soumis à des obligations de résultats²⁶² et non plus de moyens, doivent pouvoir bénéficier d'une plus grande latitude dans l'exécution de leur travail et d'un essor de leurs capacités d'initiative : cette autonomisation du salarié est une idée maîtresse des pratiques inspirées des thèses du management participatif.

177. De facto, le schéma taylorien, qui met en évidence la subordination juridique du salarié, caractéristique du contrat de travail, n'a plus sa place dans ce type d'organisation : le poids direct de la hiérarchie doit s'amoindrir, et le contrôle du travail se reporte sur le résultat de la mission²⁶³.

178. Ce n'est donc plus autour de la distinction entre temps subi et temps choisi, que se construira le droit de la durée du travail, mais sur l'idée du développement du temps vraiment « choisi ».²⁶⁴

Pour J. BARTHELEMY, cette liberté, dans la gestion du temps, ne peut s'exercer que si les effets de l'état de subordination sont corrigés ;

« La créativité en matière d'innovation sociale viendra donc de l'ingénierie optimisant l'intervention combinée de l'accord collectif privilégiant l'objectif de liberté sur celui d'égalité et du contrat individuel utilisant le contenu qualitatif de l'accord pour rendre effective l'autonomie du salarié. Dans cette perspective, pourraient être utiles les textes

été prévenu de cette mission depuis plusieurs mois ; ... la demande de l'employeur, qui entrerait dans le cadre des obligations professionnelles de ce salarié, ne portait pas atteinte à la vie privée de celui-ci. »

²⁶⁰ Voir titre 2, chapitre 1

²⁶¹ A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », Droit social, février 2000

²⁶² ce qui les rapproche des travailleurs indépendants qui doivent faire face à une obligation de résultat, en ce sens qu'il s'engage à mener à bien, mais en toute liberté, un travail déterminé.

²⁶³ Voir en ce sens, J. E. RAY, « De géminal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », Droit social, Juillet-Août, 1995, p. 634

²⁶⁴ J. BARTHELEMY, G. CETTE, « Le développement du temps vraiment choisi », Droit social, février 2002

*conventionnels intéressants les « forfaits jours ». Pour autant que l'on ne s'y limite pas à une simple référence à l'autonomie sans en affiner les caractéristiques liées à une fonction et que l'on définisse concrètement la notion de temps de travail propre à celle-ci. Si on avait déployé une telle stratégie au lieu d'utiliser abusivement le forfait tous horaires, on aurait fait l'économie de règles légales propres aux cadres, qui posent plus de problèmes qu'elles n'en résolvent.*²⁶⁵

Ainsi, l'indépendance technique du cadre n'exclut pas l'existence d'un lien de subordination mais l'atténue fortement ; de même, le cadre se distingue du salarié « classique » par le pouvoir décisionnel inhérent à sa position hiérarchique, qui atténue sensiblement la distance le séparant du chef d'entreprise²⁶⁶.

SECTION 2 : Le cadre participe au pouvoir de direction

179. Traditionnellement, le pouvoir de direction est reconnu au chef d'entreprise, comme corollaire du lien de subordination.

Ce pouvoir s'exerce en direction de tous les salariés, placés en état de subordination et dans tous les domaines en relation avec le fonctionnement et l'activité de l'entreprise.

Avec le développement de la taille des entreprises et la complexification de leur fonctionnement, dûs à une accumulation de normes et de règles contraignantes, le chef d'entreprise ne peut prétendre à l'ubiquité et à l'omniscience : il doit donc déléguer certains de ses pouvoirs au sein de l'entreprise. Les premiers concernés par cette délégation sont naturellement les cadres quasi-indépendants (I). Cette délégation intervient également vis-à-vis du monde extérieur (II).

I- La délégation de pouvoir à l'intérieur de l'entreprise

Bien souvent, les cadres quasi-indépendants²⁶⁷ sont investis de pouvoirs souverains, que le chef d'entreprise leur a délégués (A), ce qui leur donne des responsabilités inhérentes au chef d'entreprise (B).

²⁶⁵ J. BARTHELEMY, « Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », Droit social, janvier 2003

²⁶⁶ Voir en ce sens J. BARTHELEMY, « La spécificité de la situation des cadres », JCP, E, 1997, n° 24, p. 258
« Une place spéciale doit être réservée aux cadres supérieurs et de direction. La distance qui les sépare du chef d'entreprise s'estompe eu égard à l'importance de la délégation de pouvoir. C'est particulièrement net en cas de cumul du contrat et d'un mandat social. »

²⁶⁷ Voir en ce sens l'arrêt Cass. Soc., 6 mars 2001, n° 99-60. 553, arrêt n° 868 FS-P+B+R+I

A- La délégation, reconnaissance de la position hiérarchique du cadre

180. La délégation de pouvoirs est un moyen d'assurer la bonne gestion de l'entreprise et elle permet aux cadres de pouvoir exercer pleinement leur autorité²⁶⁸. De ce fait, le domaine de prédilection des délégations de pouvoirs se trouve en droit du travail, et plus précisément, en matière d'hygiène et de sécurité²⁶⁹. Ce domaine n'est pas le seul à donner lieu à délégation, bien qu'il fournisse la quasi totalité du contentieux²⁷⁰. La délégation peut intervenir dans des secteurs aussi variés que le fonctionnement des institutions représentatives du personnel, le transport, la durée du travail, le pouvoir disciplinaire, l'emploi, la gestion administrative du personnel²⁷¹ ... Ces matières ont connu un essor de leur réglementation ces dernières années, rendant plus complexe leur appréhension par le chef d'entreprise.

Lorsque l'entreprise a atteint une taille importante, le chef d'entreprise délègue, à bon escient, ses attributions en matière d'hygiène et de sécurité à un cadre spécialiste en la matière ; l'enjeu est de taille puisque ces obligations sont sanctionnées par des dispositions pénales²⁷². De ce fait, en exécutant les ordres de son employeur, le cadre peut s'exposer à des

L'exclusion de certains salariés des listes électorales, en raison de leur assimilation au chef d'entreprise, ne résulte d'aucun texte : c'est une construction jurisprudentielle.

Désormais, la Cour de cassation restreint les cas d'exclusion de la liste électorale : s'agissant des cadres dirigeants, on ne retient plus que ceux qui détiennent une délégation écrite d'autorité permettant de les assimiler au chef d'entreprise

²⁶⁸ Pour une autre approche de cette autorité, voir « Manifeste pour la responsabilité sociale des cadres », projet entrepris par le CJD (www.Cjd.fr). La question de la responsabilité sociale des cadres est portée par des mouvements associatifs, par le mouvement syndical, par des associations d'entraide et de solidarité internationale d'étudiants et de jeunes professionnels. Il s'inscrit dans un mouvement international plus large mettant la responsabilité au cœur de l'éthique dans le monde d'aujourd'hui. Dans ce contexte, il ressort que ni les associations ni les structures syndicales, ni les espaces de formation ne suffisent à créer les conditions d'un espace public de réflexion et d'action sur la responsabilité des cadres.

L'objectif majeur de ce manifeste est bien de créer un mouvement d'opinion internationale destiné à rompre un double silence :

-celui des cadres en entreprises qui n'ont pas de réel droit à une parole différenciée et alternative ; ils sont conduit à faire des choix entre la morale et le respect des ordres donnés, entre la sécurité et l'efficacité, entre leur conscience citoyenne, la prospérité de leur entreprise et leur avenir professionnel

-celui des entreprises qui abordent très souvent la question de la responsabilité sociale dans leur politique de communication mais qui n'offrent pas, pour autant, à leurs cadres les moyens de l'exercice effectif de leur responsabilité professionnelle et sociale.

²⁶⁹ D. MAYER, « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », D. 1998, p. 256

D. GUIRIMAND, « Le chef d'entreprise et l'obligation de responsabilité », Droit Social, 1994, p. 627

²⁷⁰ D'après les statistiques annuelles communiquées par le ministère de la justice, le nombre de condamnations concernant le non respect de la législation sur l'hygiène et la sécurité représente en moyenne 800 condamnations ; Entreprises et Carrières 14 avril 2003

²⁷¹ Voir en particulier les arrêts du 11 mars 1993, n° 90-84. 931, 94-83. 655 et 91-80. 958, Bull. crim., n° 112

²⁷² J.P. ANTONA, P. COLIN et F. LENGART, « La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires », D. 1996, p. 395

poursuites civiles ou pénales de tiers.²⁷³ En raison de ces conséquences, la délégation est encadrée par des conditions strictes de validité (1), renforcées par la jurisprudence (2).

1) Les conditions de validité : une délégation avérée

181. La délégation de pouvoirs, création jurisprudentielle a reconnu au chef d'entreprise un moyen d'échapper à la responsabilité qui normalement pèse sur lui : s'il arrive à démontrer qu'il a délégué ses pouvoirs à l'un de ses subordonnés, il ne sera pas tenu de l'infraction et c'est alors le délégataire qui verra sa responsabilité pénale engagée.

Aussi le pouvoir reconnu au cadre doit être total ; l'employeur ne saurait s'immiscer dans son domaine, sous peine de voir, à nouveau, sa responsabilité engagée et de nuire à l'efficience de la délégation. Le lien de subordination théorique du cadre par rapport à l'employeur est, en l'espèce, inopérant.

La délégation de pouvoirs, dont le principe semble avoir été admis pour la première fois par un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 28 juin 1902²⁷⁴, présente un certain nombre d'intérêts, mais fait également naître des risques²⁷⁵.

182. Un premier intérêt du mécanisme de la délégation de pouvoirs est de maintenir au sein de l'entreprise le lien, précédemment évoqué, entre responsabilité et pouvoir. C'est, parce qu'il a reçu du chef d'entreprise, le pouvoir de faire respecter la réglementation, concernant l'hygiène et la sécurité, que le préposé délégataire pourra être déclaré responsable en cas de manquement.

Un autre intérêt de la délégation, est qu'elle permet, au chef d'entreprise, de transférer une partie de ses pouvoirs à un de ses subordonnés, qui se trouve plus proche que lui, des situations à risque, ce qui devrait permettre une meilleure prévention des accidents du travail.

Mais il existe certains dangers liés à la délégation de pouvoirs. En effet, dans la mesure où elle permet au chef d'entreprise de s'exonérer de sa responsabilité, des abus sont à redouter...

Réciproquement, l'employeur ne pourra plus réellement exercer de pression directe sur le cadre, son pouvoir de commandement est transféré, ces aspects n'ont pas échappé au juge.

²⁷³ J. E. RAY, « Responsabilité civile et pénale du cadre : les baïonnettes intelligentes », Liaisons sociales, magazine, mars 2002

²⁷⁴ Cass. Crim., 28 juin 1902, Bull. crim. n° 237, p. 425

2) Les conditions requises par la jurisprudence

183. La jurisprudence, consciente des risques d'une délégation, en soumet la validité à un certain nombre de conditions.

La délégation de pouvoirs a pour effet d'opérer un transfert de responsabilité en ce sens que l'infraction commise ne sera pas imputée au chef d'entreprise, comme c'est le principe, mais au délégataire. Au départ, la jurisprudence était relativement restrictive mais le domaine de la délégation de pouvoirs a eu tendance à s'élargir au fil du temps. Ainsi, la délégation constitue, à l'heure actuelle, un moyen pour le chef d'entreprise de s'exonérer de sa responsabilité pour de nombreuses infractions ; c'est ainsi que le cadre se dote de la « casquette » d'employeur, aussi bien dans les faits que dans les conséquences.

184. Le chef d'entreprise qui veut s'exonérer de sa responsabilité doit établir l'existence d'une délégation de pouvoirs. Un écrit n'est ni nécessaire ni suffisant, la délégation sera admise par les juges si le chef d'entreprise parvient à démontrer qu'elle a été expressément consentie au préposé et qu'elle présente un caractère public.

Il est donc nécessaire que la délégation soit officielle ; notamment les salariés qui travaillent sous les ordres du délégué doivent avoir connaissance de cette délégation.

185. A partir de la jurisprudence, il est possible de définir quelques uns des indices qui vont permettre au juge de se prononcer. Le fait que le préposé reconnaisse détenir une délégation de pouvoirs peut faire admettre son existence : ce qui est important aux yeux des juges ce n'est pas l'aspect formel mais la réalité de la délégation de pouvoirs.²⁷⁶

Dès lors, de simples allégations du chef d'entreprise sur l'existence d'une délégation de pouvoirs ne sont pas, en elles-mêmes, suffisantes pour en établir l'existence.

La chambre Criminelle de la Cour de cassation a estimé, le 22 octobre 1991,²⁷⁷ que la preuve d'une délégation ne saurait résulter d'une simple allégation relative à la structure d'une entreprise, alors même qu'aucune précision n'était donnée sur l'identité et les pouvoirs du prétendu délégataire.

²⁷⁵ Voir B. BOUBLI, « La délégation de pouvoirs depuis la loi du 6 décembre 1976 », Droit Social, 1977, p. 82

²⁷⁶ De plus, le dirigeant ne peut pas faire valoir l'existence d'une délégation de pouvoirs pour la première fois devant la Cour de cassation ; il s'agit d'une question de fait que les juges du fond doivent souverainement apprécier.

En revanche, depuis un revirement jurisprudentiel opéré en 1993, les juges d'appel sont tenus d'apprécier la valeur d'une délégation de pouvoirs invoquée pour la première fois en cause d'appel car il s'agit d'un moyen de défense : Cass. Crim., 5 janvier 1993, n° 92-81. 918, Bull. Crim. N° 6

²⁷⁷ Cass. Crim., 22 octobre 1991, n° 90-84. 618, CSBP n° 37, B. 27

La délégation peut découler des fonctions exercées par le salarié²⁷⁸, donc bien souvent d'un cadre exerçant un pouvoir de commandement sur ses salariés²⁷⁹. Toutefois, pour des raisons évidentes de preuve, l'employeur tend à formaliser cette délégation de pouvoirs, soit dans le contrat de travail lui-même, ou dans un avenant au contrat, soit par un courrier contresigné par le salarié. A contrario, l'écrit n'est pas suffisant, la Cour de cassation le définit comme « *élément d'appréciation parmi d'autres* ». ²⁸⁰

En revanche, il apparaît que la délégation peut être justifiée par l'organigramme²⁸¹ de la société et par les conditions mêmes de l'exploitation, par une description de poste appropriée ou encore par la corrélation entre la répartition des fonctions établies par l'organigramme de l'entreprise et les fonctions effectivement exercées par l'intéressé. En pratique, le cadre quasi-indépendant arrive, la plupart du temps, à l'étage, inférieur du comité de direction et la délégation est, souvent, inhérente à son mode d'exercice.

186. En application d'une jurisprudence constante, la personne susceptible de recevoir cette délégation doit être, en effet, un préposé, investi par le chef d'entreprise, et pourvu de la compétence, des moyens nécessaires, pour veiller efficacement au respect des dispositions en vigueur. ²⁸²

Pendant longtemps, la jurisprudence²⁸³ a exigé que le délégataire appartienne au personnel de l'entreprise, il n'était alors pas possible d'invoquer une délégation de pouvoirs faite à un tiers à l'entreprise.

187. La Cour de cassation a ultérieurement tempéré sa position et a ainsi admis que le président de la société dominante d'un groupe de sociétés ait la possibilité de déléguer ses pouvoirs, en matière d'hygiène et de sécurité, à un membre d'une société filiale, placé sous son autorité hiérarchique, et ensuite que le président de la société dominante, qui est aussi le dirigeant d'une société filiale à qui la première a sous-traité des travaux, subdélégué ses pouvoirs, en matière d'hygiène et de sécurité, à un membre d'une autre société filiale placé sous sa subordination juridique²⁸⁴. La solution admise, dans ces espèces, s'explique par l'existence de liens plus ou moins étroits entre la société dominante et les filiales, mais ne

²⁷⁸ Cass. Crim., 11 avril 2002, n° 00-22.689

²⁷⁹ Cass. Crim., 11 avril 2002, n° 00-22. 689

²⁸⁰ Cass. Crim., 26 juin 1979, n° 78- 92. 757, Bull., crim., n° 232

²⁸¹ En effet, les juges accordent une certaine importance à l'organigramme de l'entreprise montrant clairement la répartition des responsabilités en son sein : Cass., Crim., 13 décembre 1988, n° 88-81. 994, CSBP n° 6, S. 21

²⁸² Cass. Crim., 20 octobre 1987, n° 87- 80. 320

²⁸³ Cass. Crim., 12 décembre 1989, n° 89-85. 368, Bull., crim., n° 477 : un chef d'entreprise ne pouvait faire état d'un contrat conclu avec un bureau d'études ayant pour objet la réalisation de travaux relatifs à la sécurité d'un chantier important pour considérer qu'il avait délégué son pouvoir à un dirigeant de cette société.

²⁸⁴ Cass. Crim., 26 mai 1994, 2 espèces, n° 93-83. 180 et 93-82. 213, RJS 11/1994 n° 1275

vaut pas reconnaissance de la validité des délégations à des personnes étrangères de l'entreprise. Ce phénomène est également le fruit des organisations hiérarchiques éclatées, qui ont laissé la place aux organisations modulaires.

Dans la même lignée, il a également été admis par la chambre Criminelle de la Cour de cassation,²⁸⁵ que la référence à l'organigramme d'une société était suffisante pour reconnaître la responsabilité d'une infraction à l'encontre d'un adjoint technique du PDG, puisqu'il résultait de ce document, que l'intéressé était responsable des problèmes de sécurité et qu'il disposait des pouvoirs nécessaires pour l'exécution de sa mission.

Cependant, l'organigramme n'a pas une valeur probatoire absolue²⁸⁶

188. Par la suite, la jurisprudence a toujours considéré que la délégation de pouvoirs ne pouvait être qu'un mode de direction des entreprises de grande dimension, avec une certaine complexité dans leurs structures, pouvant se manifester entre autres par l'éloignement des établissements. Il s'agit là d'un critère important puisqu'on peut dire que le cas de l'entreprise composite comprenant plusieurs établissements distincts, constitue le cadre privilégié de la délégation de pouvoirs dans la mesure où le chef d'entreprise ne peut pas surveiller tous les établissements en même temps²⁸⁷

Cependant, le délégué doit être un préposé de l'entreprise²⁸⁸, un collaborateur du chef d'entreprise et, une personne extérieure à l'entreprise ne peut pas recevoir une délégation de pouvoirs.

189. Si le chef d'entreprise peut déléguer aux membres de son entreprise, il ne doit pas déléguer, en même temps, à plusieurs préposés. En effet une telle situation crée la confusion au sein de l'entreprise puisqu'il devient difficile de savoir, qui détient l'autorité. La délégation est alors inopérante et c'est le chef d'entreprise qui demeure responsable.

²⁸⁵ Cass. Crim., 13 décembre 1983, n° 82-93.874

²⁸⁶ Cass. Crim., 29 janvier 1985, JCP, E, 1985, II, 14 531, note J. GODARD

« les éléments versés au débats, notamment sous forme d'organigrammes, ne permettent pas d'effectuer une analyse suffisamment précise du contenu réel de la fonction exercée et de l'organisation en place dans l'entreprise, et en conséquence de procéder à des imputations explicites sans encourir le risque d'arbitraire ».

²⁸⁷ Cass. Crim., 26 mai 1994, D. 1995. 110, note J. REINHARD, Droit Social 1995, 344, et note M. COEURET. Dans cette affaire, le président du groupe, qui dirigeait la société-mère, était poursuivi pour manquement aux règles de sécurité et invoquait, pour sa défense, la délégation qu'il avait donnée au directeur d'une des sociétés appartenant au groupe. Selon cette délégation, le directeur était responsable de la sécurité pour l'ensemble des sociétés du groupe, avec obligation de veiller à l'application des règles de sécurité, en mettant en œuvre les moyens nécessaires. Le directeur considérait lui, que cette mission générale de sécurité, qui lui avait été attribuée, ne pouvait valoir délégation de pouvoirs des dirigeants de chacune des sociétés, et ainsi les exonérer de toute responsabilité.

Ces dirigeants demeuraient selon lui, responsables de la sécurité de leurs ouvriers, notamment le président du groupe devait être déclaré responsable en cas d'infractions commises dans la société qu'il dirigeait.

²⁸⁸ Cass. Crim., 2 mars 1998, Bull. crim, n° 315

190. Enfin, pour être valable, une délégation de pouvoirs doit donner la compétence et l'autorité nécessaire au délégataire et le doter de moyens lui permettant de faire respecter les consignes de sécurité²⁸⁹. De facto, le cadre doit bénéficier de réelles prérogatives lui permettant d'exercer pleinement sa délégation ; le lien de subordination n'a plus de place dans ce type de relation²⁹⁰.

Lorsque le chef d'entreprise, ou l'un de ses supérieurs hiérarchiques, s'immisce dans le déroulement des tâches en rapport avec la mission du salarié, titulaire d'une délégation de pouvoirs en matière de sécurité du travail, il supprime ainsi l'autonomie d'initiative inhérente à toute délégation effective.²⁹¹ De plus, la Cour de cassation²⁹² considère comme déterminant le pouvoir de sanction, pour démontrer l'autorité du délégataire.

191. A côté de données objectives telles que l'autorité, la compétence et les moyens reconnus au délégataire, on peut se demander si la délégation de pouvoirs ne comporte pas des conditions d'ordre subjectif, notamment des conditions tenant à la volonté des parties. La question qui se pose, est de savoir, si l'acceptation par le délégataire constitue une condition de validité de la délégation : il ne semble pas, que la jurisprudence la considère comme une condition nécessaire à la validité de la délégation.

Une autre condition non exigée est que la délégation de pouvoirs invoquée par le chef d'entreprise soit nominative, du moment qu'elle est exempte d'ambiguïté²⁹³..

*

* *

192. Une délégation clairement établie fait naître, pour le cadre quasi- indépendant, des obligations et des responsabilités similaires au chef d'entreprise, qu'un salarié « ordinaire » ne pourrait détenir. Ces responsabilités sont inhérentes aux cadres financiers (DAF), aux cadres du bâtiment, ou aux DRH qui redoublent, alors de vigilance face aux responsabilités qu'ils détiennent.²⁹⁴

Il ne faut pas, en effet, minimiser les enjeux de ces délégations.

²⁸⁹ Cass. Crim., 4 juin 1998, n° 97-81. 186, JSL 1998 n° 23, p. 16

²⁹⁰ Cass. Crim., 4 janvier 1986, n° 84-94. 274, Juri social 86 SJ 67

²⁹¹ Cass. Soc., 21 novembre 2000, n° 98-45. 420, Bull. civ n° 384

²⁹² Cass. Crim., 4 juin 1998, n° 97-81. 186, JSL 1998 n° 23, p. 16

²⁹³ Cass. Crim., 2 mars 1988, n° 87-81. 291

Il est admis que les juges puissent trouver la confirmation de l'identité du délégataire, dans une délibération du CHSCT faisant état qu'une délégation pour les problèmes ayant trait à la sécurité et à l'hygiène, ait été donnée au chef de l'unité de travail dans laquelle l'accident s'était produit

²⁹⁴ Voir en ce sens, I. MOREAU « Sept familles de cadres en rupture de ban », Liaisons Sociales magazine, octobre 2004

B- Les effets de la délégation : une quasi assimilation au chef d'entreprise

Sous réserve des conditions ci-dessus, la délégation a pour effet d'exonérer l'employeur de sa responsabilité pénale (1) avec pour conséquence d'engager la responsabilité du cadre, parfois au plan civil (2).

1) Le transfert de la responsabilité pénale

193. Le chef d'entreprise est dégagé de toute responsabilité pénale lorsque la contravention est constatée dans ceux des services, qu'il n'administre pas directement mais dont il a délégué la direction à des agents investis par lui^{295 296}.

194. En revanche, la responsabilité pénale perd son caractère alternatif si la violation d'une règle de sécurité ou une imprudence a été à l'origine d'un accident. Dans ce cas, l'employeur peut être poursuivi, malgré la délégation de pouvoirs, sur le fondement des articles 221-6 et 222-19 du Nouveau Code pénal.

Afin de responsabiliser les cadres, les entreprises sont parfois tentées d'insérer dans leur contrat de travail des clauses contractuelles visant à engager leur responsabilité civile et donc pécuniaire.

2) La responsabilité professionnelle à l'égard des tiers : un critère de reconnaissance du lien de subordination

195. Le salarié ne peut être tenu pour responsable vis-à-vis de son employeur que si sa façon de procéder révèle, par comparaison avec un salarié normalement diligent, non une

²⁹⁵ Cass. Crim., 20 octobre 1987, n° 87-80. 320 et Cass. Crim., 16 février 1988, n° 87-81. 291

« Attendu que, si le chef d'établissement, tenu de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des dispositions édictées pour assurer la sécurité des travailleurs est, en règle générale, pénalement responsable des infractions constatées, à cet égard sur ses chantiers, il peut toutefois être exonéré de cette responsabilité s'il rapporte la preuve qu'il a délégué ses pouvoirs à un préposé investi par lui et pourvu de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour veiller efficacement à l'observation des dispositions en vigueur ; que si pour être exonératoire, une telle délégation doit être certaine et exempte d'ambiguïté, sa preuve n'est pourtant soumise à aucune forme particulière. »

²⁹⁶ Cass. Soc., 13 décembre 2001, n° 00-13. 476

« C'est par une interprétation nécessaire de dénaturation, que la cour d'appel a estimé que la délégation contractuelle des pouvoirs, qui ne s'étendait qu'au respect des règles d'hygiène et de sécurité et de l'utilisation correcte des équipements de sécurité, ne confiait pas à la salariée la surveillance du bon état des locaux de l'entreprise et ne la rendait pas responsable de l'absence de signalement au CHSCT du mauvais état d'une porte à l'origine d'un accident. »

simple erreur involontaire mais une faute lourde. La faute lourde est susceptible d'engager la responsabilité pécuniaire du salarié envers l'employeur.

Ce principe est dérogatoire au droit commun de la responsabilité qui admet la responsabilité, quelle que soit la gravité de la faute.

196. A titre d'exemple, la clause du contrat de travail prévoyant que la franchise résultant d'un accident de la circulation survenu avec le véhicule de la société est à la charge du salarié lorsque sa responsabilité est engagée, ne peut produire effet qu'en cas de faute lourde du salarié²⁹⁷. Une clause engageant la responsabilité du salarié n'est donc pas à proprement parler illicite, mais se limite à l'hypothèse d'une faute lourde du salarié. En pratique, une telle clause se justifie peu, car la jurisprudence reconnaît, depuis de nombreuses années, que la faute lourde du salarié est susceptible d'engager sa responsabilité envers son employeur, en l'absence même de dispositions en ce sens dans le contrat de travail.

Cette question de la responsabilité professionnelle du cadre suscite de fréquentes interrogations. Il convient de distinguer selon que le salarié a agi dans le cadre (a) ou en dehors de ses fonctions (b).

a- Dans le strict cadre de ses fonctions

197. En application de l'article 1384 du Code civil, les fautes commises par un salarié dans l'exercice de ses fonctions engage la responsabilité civile de l'employeur. Cette responsabilité découle du lien de subordination dans lequel est placé le salarié, sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de lui donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et d'en sanctionner les manquements²⁹⁸. Le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été confiée, n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard des tiers, victimes des actes qu'il a commis. En l'espèce, un pilote d'hélicoptère, agissant dans les limites de la mission confiée par son employeur, avait endommagé des végétaux plantés sur une propriété voisine alors qu'il procédait, à l'épandage d'un traitement herbicide de rizières. La Cour de cassation a décidé que la responsabilité civile du pilote ne pouvait être engagée.

La responsabilité civile du salarié sera ainsi écartée dès lors que les faits reprochés sont commis dans l'exercice normal de ses attributions y compris, lorsque le salarié est titulaire d'une délégation de pouvoirs²⁹⁹. Même si la responsabilité pénale du salarié est admise, la

²⁹⁷ Cass. Soc., 10 novembre 1992, n° 89-40.523, Bull. civ. V n° 538 ; Cass. Soc., 19 octobre 1995, n° 94-41.146, RJS 12/95 n° 1236

²⁹⁸ En ce sens, voir notamment la définition du lien de subordination, Cass. Soc., 13 novembre 1996, JCP, 1997, E, n° 5, observations J. BARTHELEMY
Cass. Soc., 23 avril 1997, n° 94-40.909, RJS 6/97 n° 645

²⁹⁹ Cass. Crim., 23 janvier 2001, n° 00-82.826, Bull., crim. n°21

Cour de cassation écarte la responsabilité civile de l'intéressé, lorsque les faits en cause, sont commis par le salarié dans le cadre de « l'exercice normal de ses attributions ».

b- En excédant les limites de ses fonctions

198. Les agissements commis par le salarié, qui excèdent l'exercice normal de ses attributions, sont susceptibles d'engager sa responsabilité civile, et ce même si le salarié a agi sur ordre de son employeur. Le préposé condamné pénalement pour avoir intentionnellement commis, fut-ce sur l'ordre du commettant, une infraction ayant porté préjudice à un tiers, engage sa responsabilité civile à l'égard de celui-ci³⁰⁰.

*

* *

199. Par voie de conséquence, les cadres quasi-indépendants sont les premiers protagonistes concernés par les risques pénaux et notamment les DRH³⁰¹, qui sont souvent appelés pour répondre de certains délits et de l'épineux sujet de l'hygiène et de la sécurité. Les DRH deviennent, parfois, responsables des déviances et de certaines pratiques managériales contestables, commises par des cadres opérationnels, premiers acteurs de la gestion d'équipe, alors que ce sont ces derniers, et non le DRH qui dirigent, évaluent et sanctionnent les salariés. Ainsi un DRH ne peut véritablement régir l'emploi du temps d'un technico-commercial, qui enchaîne des journées de quatorze heures, au risque de provoquer un accident de la route et s'il peut, accepter une délégation de pouvoirs dans les domaines où il est véritable opérateur³⁰², il aura tendance à refuser les périmètres sur lesquels il ne se juge pas suffisamment au point.

Le salarié titulaire d'une délégation de pouvoirs, n'engage pas sa responsabilité civile à l'égard des tiers pour le délit de tromperie et de publicité mensongère commis dans l'exercice normal de ses attributions. L'employeur est, dans ce cas, seul responsable des conséquences civiles de l'infraction. Dans cette espèce, le salarié responsable d'un centre commercial avait fait diffuser des prospectus annonçant la mise en vente de légumes d'origine française et d'importation de première catégorie et d'un certain calibre. Or, il avait omis de vérifier ces légumes avant de les mettre en vente. Il avait été alors reconnu coupable du délit de tromperie et de publicité mensongère.

³⁰⁰ Cass. Ass.Plén., 14 décembre 2001, n° 00-82. 066, Bull. civ. n°17

En l'espèce, le salarié employé comme comptable, utilisait des fausses attestations de stage afin d'obtenir frauduleusement, au profit de son employeur, les avantages financiers liés à l'embauche de jeunes salariés dans le cadre de contrats de qualification. Selon cet arrêt, en cas de condamnation pénale pour infraction intentionnelle, le salarié engage sa responsabilité à l'égard de tiers ayant subi un préjudice du fait de cette infraction même si celle-ci a été commise sur ordre de l'employeur.

³⁰¹ C. LACOURCELLE, « Délégation de pouvoirs, DRH, attention au risque pénal », *Entreprise et Carrière* n° 664, 14 avril 2003

³⁰² Voir en ce sens, S. BEAL, M.N. ROUSPIDE, « Délégation du pouvoir de licencier », *JCP, E*, 26 mai 2005
Cass. Soc., 19 janv. 2005, n° 02-45. 675

La Cour de cassation admet expressément que le directeur du personnel de la société mère a le pouvoir de licencier les salariés des filiales de cette société. Quant à la forme de cette délégation de pouvoir, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure : il n'est pas nécessaire que la délégation de pouvoir soit donnée par écrit.

200. De ce fait, les grands groupes recrutent, aujourd'hui, d'anciens magistrats, spécialisés dans le droit pénal, qu'ils nomment à des postes de responsable de l'audit juridique ou à celui de déontologue. Leur première mission est alors de « dépoussiérer » l'ensemble des délégations en vigueur dans le groupe. *« La délégation de pouvoirs est mon souci quotidien. Plus une entreprise est filialisée et d'une structure complexe, plus les responsabilités s'animent en cascade. Il faut donc suivre au jour le jour la cohérence hiérarchique de l'ensemble et s'assurer de la bonne conformité des documents à la réalité du terrain. »*³⁰³

De même, les cadres financiers risquent souvent de voir leur responsabilité pénale engagée ; car ils ne peuvent fermer les yeux sur des opérations comptables litigieuses. Ils revendiquent alors le droit de pouvoir « dire non » et prônent la mise en place d'une clause de conscience qui leurs permettraient de démissionner en cas de désaccord, tout en conservant leurs droits au chômage.³⁰⁴

Nous touchons, une fois encore, aux limites du Droit du travail, pour organiser, de manière satisfaisante, les fonctions des cadres quasi-indépendants, dont les pouvoirs ne s'arrêtent pas à la porte de l'entreprise.

II- La représentation de l'entreprise vis-à-vis du monde extérieur

201. En application de l'article 544 du Code civil, qui définit les attributs du droit de propriété³⁰⁵, c'est le chef d'entreprise, en qualité de propriétaire, qui a vocation à exercer l'ensemble des droits portant sur la dite entreprise, c'est pourquoi, dans une entreprise individuelle, le pouvoir d'administration ou de disposer, revient, de plein droit au dirigeant-propriétaire.

Dans les entreprises à forme sociétaire, qui sont, aujourd'hui, les plus nombreuses, les associés propriétaires n'exercent les attributs de leurs droit de propriété, de façon directe et personnelle ; ils désignent à cet effet, des mandataires sociaux, qui auront la qualité de représentants légaux de la société, personne morale. Ces mandataires sociaux disposeront des

³⁰³ J. FOURVEL, ancien magistrat, aujourd'hui directeur juridique d'Euris-Rallye, holding du groupe de grande distribution Casino, 7250 magasins en France.

³⁰⁴ Cf. I. MOREAU « L'objecteur de conscience », Liaisons Sociales, magazine, octobre 2004, *« Aujourd'hui, « ce ne sont plus les grands sujets de société qui poussent les cadres à bouger, mais des questions liées aux enjeux locaux de l'entreprise, en lien avec une injustice sociale, un problème éthique ou déontologique ou la conséquence d'une logique de gestion. »*

La CFDT propose alors l'idée d'un manifeste pour la responsabilité sociales des cadres, initiée par la CFDT pour faire en sorte que *« la citoyenneté des cadres soit explicitement reconnue sur leur lieu de travail par un droit d'intervention et d'initiative, droit reconnu d'expression pouvant aller dans certaines situations jusqu'au droit de refuser ou de s'opposer sans qu'ils encourrent de représailles ou de sanctions »*

³⁰⁵ Voir F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, 305

pouvoirs, définis par les statuts, pour gérer la société et l'engager vis-à-vis des tiers ; néanmoins, les notions de direction et de représentation ne se recoupent pas de manière parfaite et les pouvoirs des organes, qui sont à la tête de la société, n'ont pas la même étendue selon que l'on se place dans les relations internes entre dirigeant-société et associés ou dans les relations externes entre dirigeant-société et tiers.

Dans les relations internes, les limitations de pouvoirs, qu'elles résultent des statuts sociaux, ou des actes ayant procédé à la nomination des dirigeants, ont une pleine efficacité juridique et les dirigeants, qui ne respectent pas les règles de fonctionnement ainsi définies, s'exposent à une révocation, voire à une action en responsabilité pour indemniser le préjudice généré par la faute.

202 Vis-à-vis des tiers, contractant avec la société, les représentants légaux dont la désignation a été valablement publiée dans un journal d'annonces légales et inscrite au registre du commerce et des sociétés, sont réputés pouvoir souscrire tout engagement, au nom de la société, dans les limites de l'objet social³⁰⁶ et en l'absence de collusion frauduleuse avec le tiers contractant.³⁰⁷

Inversement, les pouvoirs attribués, par voie conventionnelle, à un organe non prévu par la loi, s'ils sont parfaitement validés dans la sphère interne des relations avec la société et les associés, ne peuvent être opposés aux tiers et les engagements contractés par ces organes, d'origine statutaire, ne lient pas les tiers³⁰⁸. Dans ce contexte, les pouvoirs d'engager la société, à l'égard des tiers, tels qu'ils sont déterminés par la loi, appartiennent, de manière limitative, aux seuls représentants légaux ci-après :

- le ou les gérants, dans les sociétés en nom collectif, sociétés en commandite et SARL
- le directeur général et les directeurs généraux délégués, dans les sociétés anonymes classiques
- le président du directoire et les directeurs généraux dans les sociétés anonymes « à l'allemande »
- le président, le directeur général et le directeur général délégué, dans les S.A.S.

³⁰⁶ Pour les SARL et les sociétés par actions, c'est-à-dire pour la très grande majorité des sociétés, le pouvoir d'engager la société, vis-à-vis des tiers, excède même l'objet social, ce qui revient à dire qu'aucune limitation, hormis les compétences réservées par la loi à d'autres organes, n'est opposable au tiers de bonne foi.

³⁰⁷ En application de l'adage « *fraus omnia corrumpit* », il reste possible d'obtenir l'annulation de l'engagement, contracté au-delà des limites statutaires, en prouvant que le tiers connaissait l'existence de cette limitation, mais la mention et la publication de la limitation de pouvoirs ne suffit pas à établir la preuve demandée.

³⁰⁸ A titre d'illustration, voir l'arrêt rendu par la Cour de cassation, Com, 2 juillet 2002, D, 2002, n° 38, note J.C. HALLOUIN, en l'espèce, une déclaration de créances, effectuée par le directeur général d'une S.A.S., a été invalidée, au motif que la loi prévoyait que seul le président d'une SAS bénéficiait du pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers. La loi pour l'initiative économique, du 21 juillet 2003, a, depuis lors, reconnu un pouvoir légal de représentation au directeur général d'une S.A.S.

- le ou les liquidateurs, pour les sociétés dissoutes.

203. Dans la vie quotidienne, en raison de la multitude d'opérations qu'effectuent les entreprises, les titulaires du pouvoir d'engagement de la société, vis-à-vis des tiers, sont démultipliés par le jeu des délégations et des subdélégations, et le co-contractant devrait s'assurer que la « chaîne des délégations » présente une continuité et, surtout, qu'elle tient son origine du véritable détenteur du pouvoir de représentation tel que défini par la loi. Cette démarche n'est, cependant, pas toujours adoptée, soit par manque de temps, soit parce que s'attache, de plus en plus souvent, au statut de cadre de haut niveau, une présomption d'autonomie dans la décision, qui conduit le tiers contractant à occulter la question des pouvoirs, dont dispose son interlocuteur et à le reconnaître, spontanément, au cadre salarié, le pouvoir d'engager son entreprise (A) ; cette progression est d'autant plus affirmée que certains cadres cumulent leur contrat de travail avec une fonction de mandataire social (B).

A- Le pouvoir du cadre salarié d'engager son entreprise

204. Ainsi que l'on a pu le constater dans le chapitre préliminaire, le statut de cadre est, de plus en plus, associé à un niveau élevé de compétence, qui favorise, pour l'intéressé, l'affirmation de son indépendance technique (1) et qui le conduit, tout naturellement, à représenter son entreprise employeur, dans ses rapports avec le monde extérieur, qu'il s'agisse de fournisseurs, de clients, de banquiers ou d'organismes publics. Néanmoins, en dépit de l'abandon du système taylorien³⁰⁹ d'organisation de l'entreprise, il subsiste nécessairement, une structuration hiérarchisée des salariés et une spécialisation des tâches, qui impose aux cadres de conserver leur rôle initial d'interface entre les dirigeants et les autres partenaires de l'entreprise, pour mettre en œuvre les décisions prises à l'échelon supérieur ; cette fonction d'exécution, souvent d'un niveau élevé, conduit ainsi les cadres quasi-indépendants à disposer de pouvoirs supplémentaires, provenant de délégations conférées par la direction. (2)

1) Les pouvoirs résultant de l'indépendance technique du cadre

205. Dans les rapports quotidiens de l'entreprise avec les autres acteurs du monde économique, les cadres sont souvent perçus comme les représentants de la société employeur, car les dirigeants institutionnels n'interviennent que très rarement, laissant une marge

³⁰⁹ Voir en ce sens, G. LYON-CAEN, « Les fondements historiques du Droit du travail », Droit Ouvrier, février 2004

d'autonomie, de plus en plus grande, à leurs collaborateurs salariés. En effet, le modèle industriel fordiste a vécu, avec son organisation pyramidale générant des liens étroits de subordination³¹⁰ ; désormais avec le développement des nouvelles technologies d'information et de communication et l'exigence impérieuse d'une compétence toujours plus forte, la tendance est à la constitution d'équipes autonomes, autour d'un chef de projet, qui va bénéficier d'une totale liberté d'organisation et de fonctionnement, à charge pour lui d'atteindre l'objectif que lui a fixé la direction. Cette « *autonomie dans la subordination* »³¹¹ se caractérise par une parfaite indépendance technique, ne serait-ce que parce que le supérieur hiérarchique n'a pas une compétence technique suffisante pour contrôler ou encadrer son subordonné, qui fait que le cadre se comporte, ainsi que l'écrit A. SUPIOT, « *comme s'il était indépendant. Les normes de gestion mettent ainsi, en scène la fiction d'un salarié à son compte* ».

206. Dans cette approche, le lien de subordination existe mais il est intériorisé, « *le supérieur hiérarchique ne tire plus son pouvoir du fait qu'il saurait mieux faire que son subordonné, mais du fait qu'il est habilité à mettre en œuvre des normes abstraites d'évaluation des performances de ce subordonné* ». En conséquence, chargé d'une mission, avec des contraintes d'objectifs et de performance, le cadre apparaît, à ses interlocuteurs économiques, très proche de l'entrepreneur indépendant, qui dispose d'une parfaite autonomie dans la conduite de son activité.

Le constat est particulièrement net dans les activités à haute valeur ajoutée, où la matière grise joue un rôle prépondérant ainsi que dans les professions libérales³¹², car l'expertise technique du cadre lui confère, dans ses rapports avec les tiers, une légitimité à représenter l'entreprise. C'est ainsi que dans de nombreuses professions libérales, qui connaissent, à des degrés divers, le salariat³¹³, l'indépendance technique du cadre est protégée par la loi, que ce soit la célèbre « clause de conscience » visée à l'article L. 761-7 du Code du travail pour les journalistes ou l'article 139 du décret du 27 novembre 1991³¹⁴ organisant la

³¹⁰ Voir en ce sens, N. OLSZACK, « L'usine au XIX^{ème} siècle », Semaine Sociale Lamy, 20 octobre 2003

³¹¹ Selon une terminologie empruntée au professeur A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », Droit Social, février 2000

³¹² J. BARTHELEMY, « Le professionnel libéral et les 35 heures », Dr. Soc., Mars 2000

³¹³ Pendant longtemps, les professions soucieuses de conserver leur indépendance, et tout particulièrement celles du secteur libéral, ont refusé le salariat mais au fil des décennies, les professions artistiques, les journalistes, les médecins, les experts-comptables, les architectes se sont vus reconnaître la possibilité d'exercer dans un statut de salariat. La profession d'avocat, très longtemps réticente à cette évolution, s'est ouverte au salariat par la loi du 31 décembre 1990. Sur la question, voir la chronique de J. BARTHELEMY, « Contrat de travail et activité libérale », JCP, E, G, 1990, I, 3450.

³¹⁴ Décret 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, J.O. du 28 novembre 1991

profession d'avocat³¹⁵. Doté d'une indépendance professionnelle forte, le cadre libéral va, donc, maîtriser personnellement la relation entre le cabinet employeur, la clientèle et tous les interlocuteurs professionnels, pour lesquels il sera le représentant du cabinet, dont il engagera, d'ailleurs, la responsabilité civile professionnelle, concurremment à la sienne propre. Au plan pratique, le lien de subordination n'apparaîtra pas aux yeux des tiers³¹⁶, puisqu'il s'exercera en amont (lors du recrutement et de la conclusion du contrat de travail) ou en aval de la prestation fournie par le cadre (définition de la rémunération au regard du volume d'honoraire réalisé, des programmes de formation ou des procédures de fonctionnement de l'entreprise) et pour toute opération engageant le cabinet, les interlocuteurs auront une propension naturelle à considérer le cadre salarié comme un représentant qualifié, dès lors que l'indépendance d'exercice doit laisser, au professionnel, la latitude de la fixation et du recouvrement des honoraires, au même titre que la responsabilité de la définition et de l'exécution des missions.

207. Les seules limites de cette indépendance correspondent, sans doute, aux opérations qui se rapportent à la gestion du cabinet, non plus dans ses aspects techniques professionnels, mais en tant qu'entreprise : gestion du personnel, gestion de la trésorerie, politique d'achat ou d'investissement... Ce noyau dur du management de l'entreprise doit, à l'évidence, demeurer dans le champ de décision des représentants légaux, néanmoins, au plan pratique, des interférences peuvent survenir, que ce soit dans la gestion du personnel³¹⁷, dans les relations avec les banques, les fournisseurs ou les administrations³¹⁸. La confusion entre les attributions liées au management et les pouvoirs, strictement techniques, du cadre se trouvera, encore, accentuée, dans les entreprises de faible taille, où il peut exister un poste de directeur salarié, dont les attributions seront souvent identiques à celles d'un directeur général, mandataire social, ou, au contraire, dans les entreprises plus importantes où le poste de secrétaire général, ou de directeur administratif et financier, donne au cadre titulaire de la fonction, une totale crédibilité, vis-à-vis des tiers, pour engager l'entreprise.

208. Ce manque de transparence, quant aux pouvoirs réels d'un cadre, pour engager son entreprise, peut, d'ailleurs, constituer un danger et créer une insécurité juridique pour le co-

³¹⁵ Art. 139 al. 2 du décret du 27 novembre 1991: « le conseil de l'ordre contrôle, notamment, à l'exclusion des clauses relatives aux conditions de travail : l'absence de clause limitant la liberté d'établissement ultérieure ; l'absence de toutes dispositions limitant les obligations professionnelles en matière d'aide juridictionnelle et de commission d'office ; l'existence d'une clause prévoyant la faculté de demander à être déchargé d'une mission contraire à la conscience de l'avocat salarié ; l'absence de clause susceptible de porter atteinte à l'indépendance que comporte le serment d'avocat. »

³¹⁶ Pour les avocats, par exemple, les papiers à entête font référence à la qualité d'avocat, éventuellement d'associé ou de collaborateur, mais jamais à celle de salarié.

³¹⁷ L'on connaît l'attachement de l'avocat à « sa » secrétaire, ou du directeur commercial à « son équipe »

³¹⁸ Un expert-comptable, salarié, peut entretenir d'excellentes relations professionnelles avec tel ou tel banquier, ou fournisseur, qui faciliteront un financement ou une acquisition projetés par l'entreprise.

contractant, qui, ayant signé un accord, verrait l'engagement, pris par le salarié, invalidé, pour défaut de qualité à représenter la société employeur.

Conscient de ce risque, qui, s'il se concrétisait, aboutirait à une paralysie, ou à tout le moins, à un ralentissement de l'économie, en imposant, chaque jour, aux acteurs économiques, des contrôles lourds et quelquefois vexatoires, la jurisprudence, par le recours à la théorie de l'apparence, est venue renforcer au plan juridique, les pouvoirs liés à l'indépendance technique du cadre.

209. Ainsi, il existe un moyen juridique avéré pour fonder le pouvoir d'un cadre, en ayant recours au contrat de mandat, visé à l'article 1984 du Code civil³¹⁹. Toutefois, il est évident qu'à l'occasion de chaque contrat, l'on ne peut exiger des parties de se livrer à des vérifications matérielles des pouvoirs de chacun.³²⁰ La Cour de cassation, consciente de cette réalité, accepte avec constance, de valider un engagement contracté par une personne qui n'avait pas qualité pour le faire, mais dont le co-contractant pouvait légitimement supposer qu'il disposait des pouvoirs ad hoc.³²¹

Il importe, cependant, que l'environnement de l'opération ait permis au tiers de ne pas s'interroger sur les pouvoirs exacts dont disposait le co-contractant et les juges du fond seront souverains pour apprécier si les usages commerciaux, les documents présentés, l'antériorité des relations... justifiaient « *que la croyance des tiers à l'étendue des pouvoirs du prétendu mandataire soit légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les dits pouvoirs.* »

Cette théorie apporte, donc, une sécurité certaine au tiers qui a négocié et travaillé avec un cadre de l'entreprise, doté d'une parfaite indépendance technique, ou finalisé un accord sous la seule signature de son interlocuteur, sans s'assurer de ses pouvoirs à engager son entreprise ; toutefois, cette jurisprudence ne constitue qu'un palliatif, susceptible d'être inopérant, soit en raison de l'importance de l'acte, soit en raison des compétences particulières du tiers, qui auraient dû l'inciter à vérifier l'existence de délégations de pouvoirs.

³¹⁹ Ut infra

³²⁰ Le nombre et la rapidité des transactions réalisées par les entreprises ont conduit, rappelons-le, la Cour de cassation à accepter, en droit commercial, la preuve par tout moyen, alors que le Code civil impose un écrit pour tout montant dépassant 800 euros. Cass. com., 1^{er} mars 1949, Bull. civ. II, n° 106, p. 253

³²¹ En ce sens, Cass. Ass. Plén., 13 décembre 1962, Dalloz, 1963, 277, note J. CALAIS-AULOIS

Cass. Com., 7 janvier 1992, RJDA, 3/92, n° 229

Cass. Com., 5 oct. 1993, RJDA 2/94, n° 154

2) Les pouvoirs supplémentaires conférés au cadre par mandats

210. Selon la définition de l'article 1984 du Code civil, « *le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.* »

Dans les entreprises, pour des raisons d'efficacité pratique, les dirigeants investis par la loi, de par leurs fonctions, du pouvoir d'engager leur société, vont consentir des délégations à certains cadres, soit pour des opérations ponctuelles, et il s'agira, alors, d'une délégation de signature, donnée par une personne physique à une autre personne physique, soit pour accomplir, de manière récurrente, certains actes, au nom et pour le compte de la personne morale et il s'agira d'une délégation de pouvoirs.³²² Les délégations de pouvoirs, selon la nature des opérations à réaliser, auront la forme de mandats simples (a) ou de mandats réglementés (b).

a- Les mandats simples

211. Le représentant légal d'une société a le droit de déléguer les pouvoirs qu'il détient, hormis si les statuts sociaux, ou la décision de nomination dans sa fonction, le lui interdisent. Dans un arrêt³²³ considéré comme un arrêt de principe, la Cour de cassation a précisé, d'une part, qu'un mandataire social ne peut déléguer que les pouvoirs dont il dispose, et, d'autre part, qu'il ne peut déléguer l'intégralité de ses pouvoirs et se dépouiller de toutes ses prérogatives.

Sur ce dernier point, en dépit d'interprétations divergentes des auteurs, il semble que, dès lors que le mandant conserve, en dépit du mandat conféré, le pouvoir concurrent d'engager la société, rien ne puisse l'empêcher de consentir de larges délégations, ce qui est d'ailleurs souvent pratiqué. Le mandat peut être conféré à un autre dirigeant, un associé ou un tiers, mais il est fréquemment attribué à un ou plusieurs cadres, dans leur sphère d'activités, avec la possibilité de consentir, simultanément, plusieurs délégations des mêmes pouvoirs. Ces mandats peuvent être à durée indéterminée, ou pour une période ou des opérations déterminées, ils peuvent être généraux, mais sont, très souvent, spéciaux³²⁴ et limités dans leur montant.

Cass. Com., 9 mars 1999, RJDA 11/99, n° 1218

³²² Ces délégations de pouvoirs, régies par les règles civilistes du mandat, ne doivent pas être confondues avec les délégations en matière d'hygiène, sécurité... qui permettent, sous certaines conditions, de transférer la responsabilité pénale à un préposé, ut infra.

³²³ Cass. Com., 11 juin 1965, n° 63-10. 240

³²⁴ Au sens de l'article 1987 du Code civil « *il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant.* »

212. L'article 1989 du Code civil impose une interprétation restrictive des termes du mandat, dont l'étendue peut être prouvée par tout moyen, bien qu'en pratique, un écrit soit toujours rédigé³²⁵. Il peut arriver, en outre, que le mandat autorise le mandataire à consentir une subdélégation, soit nominativement, soit à une personne de son choix.

Dès lors qu'il agit dans le cadre des pouvoirs qui lui ont été délégués, le mandataire engage le mandant pour les engagements qu'il a contractés ; en revanche, si le mandataire a agi au-delà de ses pouvoirs, il n'engage le mandant que si ce dernier a ratifié expressément ou tacitement³²⁶.

Il existe, cependant, certaines opérations qui doivent faire l'objet de mandats particuliers.

b- Les mandats réglementés

213. Ainsi que nous l'avons déjà évoqué, il arrive fréquemment que des cadres quasi - indépendants suppléent les dirigeants dans les relations avec les tiers, y compris pour la gestion stricto-sensu de la société, qu'il n'est pas rare de voir exercer, au quotidien, par un secrétaire général ou un directeur administratif et financier ; dans une telle organisation, le cadre salarié représente l'entreprise tant auprès des banques qu'auprès des administrations ou des juridictions et sur l'octroi de délégations de pouvoirs formalisées, pour des catégories d'actes, dont l'importance est évidente, à savoir les cautions, avals et garanties et les actions en justice.

- L'octroi de cautions, avals et garanties

214. Dans toute société anonyme, qu'elle soit organisée avec un directeur général et un conseil d'administration, ou avec un directoire et un conseil de surveillance, l'octroi de garanties par la société, au profit de tiers, nécessite une autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance³²⁷.

Cette procédure, dont sont dispensés les établissements bancaires et financiers, peut donner lieu à autorisation globale, dans le cadre d'un plafond fixé pour une année, au maximum ou à autorisation particulière, garantie par garantie, sachant que l'autorisation doit être préalable à l'engagement et ne peut excéder la durée d'un an³²⁸.

³²⁵ Voir en ce sens, C. LAZERGES, « Les mandats tacites », RTDC, 1975, 222

³²⁶ Rappelons, néanmoins, qu'un cadre peut engager sa société, au-delà des pouvoirs dont il dispose, et même en l'absence de ratification, sur le fondement de mandat apparent, ut infra.

³²⁷ Pour les sociétés avec conseil de surveillance, la loi impose, également, une autorisation préalable, par le conseil, de toute cession d'immeubles par nature, de toute cession totale ou partielle, de participation et de la constitution de toutes formes de sûretés (art. L. 225-68 al. 2 du Code de commerce)

³²⁸ Cette durée d'un an s'applique ainsi aux garanties à donner aux administrations fiscales et douanières qui, en revanche, peuvent être autorisées sans limitation de montant.

L'autorisation est conférée aux représentants légaux mais le décret d'application de 1967, dans l'article D 89 al. 3³²⁹, a expressément autorisé la délégation de pouvoirs, dans ce domaine, ce qui semble quelque peu superfétatoire. Dans l'hypothèse, courante, d'une délégation à un ou plusieurs cadres « fondés de pouvoirs », il y aura lieu d'appliquer les règles déjà évoquées pour les délégations, mais l'autorisation préalable, par le conseil, conditionne la validité de la chaîne des délégations, puisqu'à défaut d'autorisation, l'engagement pris est inopposable à la société³³⁰, y compris lorsque la garantie ne correspond pas juridiquement à l'autorisation donnée.³³¹ En raison de leur obligation d'information, les tiers ne pourront pas se prévaloir d'un mandat apparent³³², hormis si l'autorisation du conseil se trouve, ultérieurement, annulée et si le tiers est de bonne foi³³³, ou si l'engagement pris n'excédait pas les seuils, globaux ou spécifiques, imposés par le conseil.

Concernant le cadre, bénéficiaire du mandat, sa responsabilité personnelle, vis-à-vis des tiers, ne pourra être engagée, aux côtés de celle de la personne morale, s'il n'a pas agi au-delà de la délégation qui lui avait été consentie³³⁴, dans le cas contraire, et notamment si la société se trouve insolvable, il devra indemniser le tiers.

- Le mandat ad litem

215. La gestion des contentieux, au sein des entreprises, nécessitent à la fois une disponibilité et une compétence technique, il est donc fréquent de la voir confiée à un cadre, voire à un service spécialisé, dont la vocation sera de suivre le litige dès sa naissance jusqu'à sa solution. Ces interventions s'effectuent en relation avec des cabinets d'avocats, qui vont assurer l'essentiel des relations avec les juridictions ; néanmoins, devant certaines juridictions, tels que Tribunaux de commerce, ou Conseils de prud'homme, l'entreprise pouvant exercer directement et personnellement sa défense, il arrive que le cadre soit conduit à représenter l'entreprise.

De même, ce dernier va, souvent exécuter personnellement, et sans intervention d'avocat, des démarches pré-contentieuses, telles que les déclarations de créances, lorsqu'un débiteur se trouve en état de cessation des paiements. Face à de telles situations,

³²⁹ Décret 67-236 du 23 mars 1967 de la loi 66-537 du 24 juillet 1966

³³⁰ Cass. Com., 9 décembre 1997, RJDA, 4/98, n° 437

Cass. Com., 8 décembre 1998, RJDA, 3/99, n° 303

³³¹ Cass. Com., 22 mai 2001, RJDA, 11/1 n° 1121, garantie donnée sur un crédit-bail, alors que l'autorisation concernait un crédit classique

³³² Cass. Com., 24 février 1987, Bull. civ. IV, n° 56

Cass. Com., 4 octobre 1988, Bull. Joly 1988, p. 856

³³³ Cass. Com., 11 février 1986, Revue des Sociétés 1986, p. 243

³³⁴ Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, D. 2000, jur. p. 673, note P. BRUN

Sur la notion « d'excès de mission », voir S. FREMEAUX, « L'excès de mission dans la responsabilité du fait de leurs préposés », Droit et Patrimoine, n° 110, décembre 2002, p. 40

l'établissement de mandats écrits, préalables et explicites, répondant aux exigences des articles 411 et 416 du nouveau Code de Procédure Civile sont essentiels : en effet, pour représenter son entreprise devant le Conseil des Prud'hommes ou le tribunal de Commerce, par exemple, le cadre doit exciper d'un mandat spécial dit « ad litem », faisant référence avec précision à l'action en justice et à l'audience concernée, émanant du représentant légal de la société ; cette exigence d'un mandat spécial est étendue aux actes de déclaration de créances, qui doivent, pour être validées, s'accompagner d'un mandat spécial, correspondant au mandat visé à l'article 853 du NCPC³³⁵. A défaut de fourniture du mandat lors de la déclaration, les juridictions acceptent une régularisation jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement sur l'admission ; en revanche, elles sont très strictes sur la nécessité de prouver l'existence de la délégation^{336 337}.

216. D'une façon générale, les cadres, qui participent, de par leur compétence technique et au travers des délégations, à la direction de la société, sont les mieux placés pour apprécier et gérer les contraintes juridiques qui entourent l'exercice du pouvoir de direction et ils sont, souvent, chargés d'alerter les dirigeants et de préparer la décision finale, les conseils d'administration où la direction générale se reposant sur leur expertise technique.

Cette collaboration très étroite entre les cadres et les organes sociaux peut conduire, tout naturellement, le cadre à accéder à une fonction de mandataire social.

B- Le statut particulier du cadre cumulant contrat de travail et fonction sociétaire

217. Nous venons de le constater, en raison de leur expertise technique et du recours quasi-systématique aux délégations de pouvoirs, les cadres quasi-indépendants participent, de facto, au pouvoir de direction, et leurs contacts fréquents avec les mandataires sociaux, qu'ils soient dirigeants ou membres des organes d'administration et de surveillance, leur octroient, auprès d'eux, une image de compétence et un capital de confiance, qui peuvent conduire ces organes à leur proposer une véritable fonction de représentation légale de la société. Cette démarche est, souvent, initiée à partir de deux contraintes : la première est d'accroître la motivation et la fidélisation d'un encadrement beaucoup plus mobile et sollicité que par le

³³⁵ Cass. Ass. Plénière, 26 janvier 2001, JCP, E, 2001, II, 617, observations M. BEHAR-TOUCHAIX

³³⁶ Cass. Com., 26 nov. 2002, n° 01-02-476

Le président directeur général d'une société mère ne peut déclarer les créances d'une société filiale à 100 % qu'en justifiant d'un pouvoir spécial, délivré pour une procédure collective déterminée.

³³⁷ Voir, néanmoins, deux arrêts récents de la Haute Cour, qui pourraient annoncer une évolution.

Cass. Civ., 29 janvier 2003, JCP, G, 2003, n° 20, 114

Cass. Civ., 1^{er} avril 2003, Bull. Joly, juillet 2003, p. 774

passé³³⁸ ; la seconde est de trouver une réponse aux règles, posées par le droit des sociétés, qui limitent le nombre de mandats, de direction ou d'administration pouvant être exercés simultanément par une même personne.³³⁹

Le cumul d'un contrat de travail et d'une fonction sociétaire devient, donc, une situation courante chez les cadres quasi-indépendants, qui rend encore plus atypique leur situation au vu du droit du travail, en réunissant, sur la même personne, deux attributs quelque peu contradictoires ; il importe, donc, d'examiner les conditions d'un tel cumul, avant d'en tirer les conséquences, au plan de la responsabilité.

1) Les conditions du cumul

Par définition, le cumul suppose la coexistence, parallèlement, du contrat de travail et de la fonction de représentant légal : dès lors que le cadre est devenu mandataire social, ce qui constitue une réalité juridique non contestable, il convient de s'intéresser aux conditions du maintien du contrat de travail antérieur³⁴⁰. Pour cela, il convient de s'assurer du caractère effectif de ce contrat, dont le contenu doit se différencier du mandat (a) et du maintien d'un lien de subordination permettant la survivance du contrat (b).

a- Le caractère effectif du contrat

218 Le contrat de travail ne doit pas avoir été absorbé, en totalité, par le mandat social et il doit intégrer des attributions spécifiques, détachables de celles de dirigeant, en conséquence il doit être possible de distinguer les attributions techniques des fonctions de gestion du dirigeant. Cette condition rend, en pratique, malaisé le cumul d'un mandat social avec un poste salarié, dont le contenu regroupe des fonctions de gestion : ainsi, un secrétaire général ou un directeur administratif et financier, dont les attributions sont calquées sur celles des dirigeants, même s'ils en exercent certaines par délégations³⁴¹, peut difficilement, s'il est nommé dirigeant, faire la distinction au sein des attributions, relevant du mandat, de celles qui continueraient à relever du contrat de travail. A contrario, un cadre exerçant son activité dans

³³⁸ Ainsi que nous le verrons, ultérieurement, la nomination à une fonction sociétaire peut constituer le prolongement naturel de l'initiative volontaire par le cadre, de devenir actionnaire.

³³⁹ Ces règles, sur les cumuls de mandats, ont été sensiblement durcies par la loi NRE du 15 mai 2001

³⁴⁰ Lorsque les conditions du cumul ne sont pas remplies, et sauf accord exprès du cadre qui peut mettre fin au contrat, la nomination en qualité de représentant légal entraîne une simple suspension du contrat de travail, et non sa disparition, en conséquence, en fin de mandat social, le contrat de travail reprendra application.

Cass. Soc., 26 avril 2000, RJDA, 7-8/ 2000, n° 769

³⁴¹ Ut supra

le secteur commercial, ou dans un service technique ou de recherche, aura plus de facilités pour démontrer l'autonomie de ses fonctions salariées³⁴².

De même, selon la taille de l'entreprise, l'absence de structuration et de spécialisation qui caractérise les P.M.E, peut rendre impossible la différenciation.³⁴³

En toute hypothèse, la délibération, désignant le représentant légal, devra faire état de ce cumul et définir, de manière distincte, la rémunération salariée, qui sera assujettie à cotisation ASSEDIC³⁴⁴ et la rémunération du mandataire, non assujettie. Il faut, néanmoins, remarquer que, si la rémunération du contrat de travail doit être effective et significative, eu égard aux fonctions exercées, celle du mandat demeure facultative³⁴⁵.

La réalité et l'autonomie des fonctions liées au contrat de travail étant établies, encore faut-il qu'elles soient exercées dans un contexte de subordination.

b- Le maintien d'un état de subordination

219. L'exercice d'activités distinctes, au titre du contrat de travail, est une condition nécessaire à la reconnaissance du cumul, mais il n'est pas suffisant, si cet exercice ne s'accomplit pas dans un environnement caractérisant un état de subordination. Ainsi, le cadre ne doit pas disposer, par son mandat, de pouvoirs lui conférant une totale indépendance dans l'exercice de ses activités.³⁴⁶ Cette indépendance peut résulter d'une situation juridique³⁴⁷ ou matérielle³⁴⁸; en pratique, cela conduit souvent à refuser le cumul au sein des petites ou moyennes structures où les dirigeants concentrent les pouvoirs et les compétences techniques.

220. La question du cumul est beaucoup plus fréquente, au sein des groupes de sociétés, d'une part, en raison des contraintes légales concernant les cumuls de mandat, qui conduisent nécessairement les sociétés-mères à nommer des cadres aux postes de dirigeants des filiales, et, d'autre part, du fait de possibilités beaucoup plus importantes de maintien de l'état de subordination.

³⁴² Cette question demeure, cependant, très factuelle, car en fonction de l'activité de l'entreprise, un contrat de travail à caractère technique peut se trouver absorbé par le mandat. En ce sens, C. A. de Bordeaux, 9 octobre 1992, RJDA, 6/93, n° 505

³⁴³ En ce sens, Cass. Soc., 21 octobre 1998, RJDA 1/99, n° 46

Cass. Soc., 21 juillet 1981, Bull. civ. V, n° 722

³⁴⁴ La question de l'affiliation ASSEDIC est, en principe, posée directement à l'organisme compétent qui, au vu d'un dossier, acceptera, ou non l'affiliation, au titre des fonctions salariées.

³⁴⁵ Cass. Soc., 6 juillet 1981, Bull. Joly, 1981, p. 741

Cass. Soc., 19 nov. 1986, Bull. Joly 1987, p. 32

³⁴⁶ Cass. Soc., 14 mars 1979, Bull. civ. V, n° 234

Cass. Soc., 5 juillet 1989, Bull. civ. V, n° 503

³⁴⁷ Cass. Soc., 22 novembre 1972, Bull. civ. V, n° 636

C.A. Paris, 28 janvier 1997, RJDA 5/97, n° 658

³⁴⁸ Cass. Soc., 11 juillet 1995, RJDA, 10/95, n° 1096

En effet, depuis un arrêt de 1997³⁴⁹, la Cour Suprême a énoncé clairement le principe selon lequel l'accomplissement d'un mandat social peut intervenir dans un état de subordination, validant, corrélativement, la conclusion d'un contrat de travail avec la société-mère pour exercer des fonctions de mandataire légal au sein de filiales. En conséquence, le mandataire, révoqué dans une filiale, peut se prévaloir, auprès de la société-mère de son contrat de travail. Cette possibilité de conclure, avec un cadre, une convention de direction a été maintes fois réaffirmée³⁵⁰ et elle permet, donc, de valider, dans les groupes, le mécanisme juridique du cumul. Le cadre demeure, en conséquence, en situation de subordination, vis-à-vis de la société-mère, mais, franchissant un degré supplémentaire dans sa participation au pouvoir de direction et acquérant le pouvoir de représentation vis-à-vis des tiers, il se trouve placé dans une situation différente au plan de la responsabilité.

2) Les conséquences du cumul en matière de responsabilité

221. Depuis la loi NRE du 15 mai 2001³⁵¹, le directeur général est responsable individuellement ou solidairement avec les administrateurs :

- des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes
- des violations des statuts
- des fautes commises dans sa gestion.

La responsabilité personnelle du dirigeant ne peut, toutefois, être engagée envers les tiers, que s'il a commis une faute « séparable » de ses fonctions³⁵², ce qui, au vu des applications jurisprudentielles, atténue très sensiblement le champ de cette responsabilité^{353 354}.

Au plan pénal, le dirigeant assure la responsabilité du chef d'entreprise, hormis les cas de délégation³⁵⁵ ; de même, sa responsabilité personnelle peut être mise en jeu, tant en cas de défaillance de l'entreprise que du défaut de paiement des dettes fiscales.

³⁴⁹ Cass. Soc., 4 mars 1997, Bull. civ. V, n° 91, RJS 97/4, p. 315, n° 484

³⁵⁰ Sur la période récente, Cass. Soc., 11 mars 2003, n° 742 ; C.A. Versailles, 5 février 2003, n° 01/03572, Bull. Joly, juin 2003, p. 646, note J.P. DOM

³⁵¹ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001

³⁵² Cass. Com., 4 octobre 1988, Revue des sociétés 1989, p. 213, note A. VIANDIER

³⁵³ Cf notamment Cass. Com., 28 avril 1998, Bull. Joly 1998, p. 808

Cass. Com., 27 janvier 1998, Bull. Joly 1998, p. 535

Cass. Com., 20 oct. 1998, JCP, E, p. 2025

³⁵⁴ Un arrêt relativement récent de la Cour Suprême semble, toutefois, marquer une évolution

Cass. Com., 4 oct. 1988, op. citée

³⁵⁵ Ut supra

*
* *

222. Pour conclure ce chapitre, force est de constater que les cadres, notamment les cadres quasi-indépendants, jouissent d'une indépendance technique quasi totale ; ces derniers sont investis de pouvoirs assimilables au chef d'entreprise, renforcés par les délégations de pouvoir. Ce phénomène irradie incontestablement le lien de subordination du cadre.

De fait, les cadres se rapprochent des chefs d'entreprise dans leurs fonctions, tout en étant des salariés, mais, nous l'avons vu, les cadres de direction sont exclus de la RTT avec l'intervention législative ; par ailleurs leur responsabilité peut être recherchée.

En pratique, le droit est impuissant, ou inefficace, comme gardien ; en effet, la notion de cadre étant polymorphe, hétéroclite, il est malaisé d'appliquer la réduction du temps de travail, en raison de la distinction opérée par la loi. L'inadéquation des dispositions légales relatives aux cadres est donc manifeste³⁵⁶.

Quant aux rémunérations que perçoit le cadre quasi-indépendant, de plus en plus complexes et toujours à la pointe des nouvelles techniques, celles-ci s'éloignent incontestablement du binôme « salaire/ horaire ».

| |
|--|
| Chapitre 2 : Les cadres quasi-indépendants et les nouvelles techniques de rémunération |
|--|

223. Le recrutement d'un cadre quasi-indépendant constitue souvent, pour l'entreprise, une opération délicate et quelquefois coûteuse, de plus en plus confiée à des cabinets spécialisés, chargés de détecter et de sélectionner les candidats répondant au profil défini par l'employeur : en raison du temps passé, des sommes dépensées et des dysfonctionnements susceptibles d'apparaître en cas de mauvais choix, l'entreprise s'entoure de précautions et les techniques, mises en œuvre par les cabinets de « chasseurs de têtes » ou de recrutement, sont de plus en plus sophistiquées. Les modalités financières de la rémunération, qui seront proposées au cadre présélectionné, jouent ainsi un rôle important, car elles doivent, être

³⁵⁶ Voir en ce sens, J. BARTHELEMY, « Le professionnel libéral et les 35 heures », Dr. Soc., Mai 2000
La classification opérée par la loi Aubry II n'est pas des plus heureuses, aussi bien dans son principe que dans ses effets. « *La notion de cadre est, en l'absence de définition légale, nécessairement fonctionnelle. Elle varie suivant que sont concernés le régime de retraite, les élections professionnelles, la délégation de pouvoirs, etc.*

incitatives, pour attirer les meilleurs candidats, mais, aussi, adaptées à l'efficacité et au rendement futurs du cadre, pour satisfaire l'entreprise. En raison de ce cahier des charges, particulièrement exigeant, les techniques classiques de calcul du salaire, jugées trop rudimentaires, sont abandonnées (section 1), au profit de méthodes complexes et diversifiées, et dans un souci de motiver et de fidéliser plus fortement le cadre recruté, il lui est proposé, en sus, d'entrer dans le cercle, autrefois réservé au patronat, des actionnaires (section 2).

SECTION 1 : L'abandon du salaire classique

224. Dans la conception originelle du contrat de travail, le salarié louait sa force de travail à l'employeur, en mettant à sa disposition, moyennant rémunération, sa force physique ou sa capacité à accomplir certaines tâches, en vue de la production de biens ou de services. La quantification du travail fourni s'opérait le plus souvent en fonction du temps passé, et plus précisément du nombre d'heures de travail assurées par le salarié, ce nombre d'heures, multiplié par un taux horaire, définissant le salaire.

Au fil du temps et des siècles, cette rémunération, en fonction des heures travaillées, a fait l'objet de profondes modifications. Grâce au développement des rapports collectifs, les salariés ont pu faire reconnaître des aspects de pénibilité, de contraintes personnelles ou de performance pour imposer d'autres critères que le seul critère horaire, dans le calcul du salaire. De leur côté, les employeurs confrontés, désormais, à une concurrence forte issue de la mondialisation de l'économie attachent de plus en plus d'attention au poids des salaires, par rapport aux prix qu'ils doivent consentir, pour vendre les produits fabriqués.³⁵⁷

En conséquence, créer, en matière de durée du travail, trois sous-catégories, ne peut qu'engendrer l'insécurité juridique. »

³⁵⁷ Voir en ce sens, « La rémunération des cadres supérieurs et les prises de bénéfices internes dans les entreprises américaines », www.Icem.Org/congress 99

Les niveaux de salaires et avantages des cadres supérieurs dans les grandes entreprises sont qualifiés d'irrationnel et d'inacceptables par le plus grand nombre ; même les journaux et organisations favorables aux entreprises se sont plaints au cours des dix dernières années du divorce qui se creuse entre les performances réelles de l'entreprise et le niveau de rémunération de ces cadres.

L'enquête de 1998 de Business Week nous apprenait que les Présidents directeurs généraux des principales entreprises américaines recevaient une indemnisation annuelle moyenne d'une valeur de 7, 8 millions de dollars, dont des options d'achats d'actions.

Les « enveloppes de rémunération » des cadres se composent de quatre éléments : le salaire de base, des primes, des privilèges et des options d'achats d'actions et de pension. Aux Etats-Unis, les options d'achats d'actions peuvent représenter un tiers de l'enveloppe globale, bien que dans d'autres pays, tels que l'Allemagne et le Japon, les options représentent une part plus modeste.

Les super-salaires des cadres supérieurs et leurs répercussions en chaîne sur les cadres moins élevés et les petites entreprises ont été un élément clé responsable de l'écart croissant entre les salaires du bas de l'échelle dans tous les pays industrialisés.

225 La notion de temps passé n'a plus de sens, en soi, elle ne se justifie que par rapport à la valeur ajoutée produite ; il en résulte l'introduction de critères qualitatifs et surtout, une tendance à individualiser la rémunération, afin de la personnaliser en fonction de l'efficacité du salarié. Cette démarche conduit à utiliser des modes de calculs de plus en plus élaborés et à fixer des règles en relation avec le profil de chaque salarié, et ce, prioritairement, pour le cadre, qui contribue, par son rôle de direction vis-à-vis des autres salariés et par sa compétence individuelle, à la création de valeur ajoutée ; il en résulte une pratique complexe et diversifiée des rémunérations³⁵⁸.

En outre, si pour le salarié, comme pour l'employeur, le salaire constitue un élément fondamental³⁵⁹ dans la conclusion et l'exécution du contrat de travail³⁶⁰, au-delà des co-contractants eux-mêmes, il met en jeu des considérations beaucoup plus larges, aussi bien économiques, que politiques ou philosophiques³⁶¹. Cette focalisation des intérêts, des uns et des autres, sur la notion, et surtout sur le montant et les modalités du salaire ne fait ainsi qu'accroître sa diversité et sa complexité, dans la population des cadres. L'évaluation du travail fourni par un cadre n'étant pas aisée, face à une prestation de plus en plus, déconnectée du temps de travail, tel qu'il est appréhendé, quantitativement par le législateur³⁶², il en résulte, pour les entreprises, une nécessité d'inventer de nouveaux critères, afin d'analyser l'efficacité du cadre et de déterminer la juste rémunération qui lui revient. Cette approche conduit à une politique de rémunération, non plus catégorielle, mais personnalisée, avec une forte tendance vers l'individualisation des salaires (I)³⁶³.

Le mouvement s'accompagne, dans le même temps, d'une recherche de flexibilité dans la rémunération : confrontées à des coûts salariaux très lourds, les chefs d'entreprise essaient

³⁵⁸ Voir en ce sens, R. MABILEAU, « L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise », Thèse 2004, Nantes, 562 p.

³⁵⁹ En ce sens, P.H. ANTONMATTEI, « La qualification de salaire », Dr. Soc., Juin 1997, p. 571 « *Le salaire est un élément essentiel du contrat de travail... il n'y a pas de contrat de travail à titre gratuit* »

³⁶⁰ Voir G. LYON-CAEN, « Le salaire », Dalloz 1981, n° 1, 2^{ème} édition. Le professeur en a dressé le constat en des termes qui n'appellent aucun autre commentaire : « *Le droit du travail dans sa totalité est construit autour de la question du salaire* »

³⁶¹ B. TEYSSIE, « Epilogue : sur l'entreprise, le salaire et la norme », Dr. Soc., Juin 1997, p. 606

« *Le salaire ... la question est d'ordre éthique : elle brasse morale, philosophie et religion. Elle est d'ordre économique : le salaire, pour l'homme, est l'aliment du quotidien ; il est, pour l'entreprise, avec les charges qui l'accompagnent, un élément de sa compétitivité ; pour les institutions appelées à collecter impôts ou cotisations, il est l'assiette de moult prélèvements* »

³⁶² Voir, J. BARTHELEMY, « Les relations du salaire et des temps de travail », Dr. Soc., Juin 1997, p. 581

Bien avant les lois Aubry, J. BARTHELEMY avait déjà souligné l'ambiguïté et la complexité des relations entre salaire et temps de travail

³⁶³ Voir « L'individualisation des salaires continue à gagner du terrain », Les Echos, 26 décembre 2003.

L'article met en évidence, en donnant la parole à plusieurs responsables de grandes entreprises, une tendance forte à concentrer les augmentations de salaires sur les meilleurs éléments, résumée en ces termes par l'un d'entre eux : « *l'ensemble de notre politique de rémunération est basée sur la performance individuelle* »

de les maintenir en adéquation avec les résultats et rechignent à s'engager, pour des durées longues, sur des rémunérations de cadres non modulables, dès lors que, par définition, ce sont elles qui pèsent le plus lourdement sur les masses salariales.

La réponse à ces impératifs de souplesse et d'adaptabilité ne peut pas être apportée, de manière satisfaisante, pour le personnel d'encadrement, par les contrats précaires ou le recours au travail temporaire³⁶⁴, elle sera donc plutôt recherchée dans une diversification des rémunérations (II), afin d'échapper aux rigidités du Droit du travail.

I- La tendance générale vers l'individualisation des salaires

S'il fut un temps où la Fonction Publique avait le quasi-monopole des primes ou avantages indirects, au point de retirer, à la notion de traitement mensuel du fonctionnaire, l'essentiel de sa signification, le secteur privé, pour des raisons différentes, a, désormais, intégré ces pratiques (B), même s'il fait porter, en priorité, ses efforts sur la mise en place de rémunérations variables (A)

A- La recherche de la rémunération variable.

Nous en identifierons les origines (1), avant d'aborder les mécanismes mis en œuvre (2).

1) Les origines

226. Aujourd'hui, pour les trois quarts de la population des cadres, la rémunération inclut des éléments variables³⁶⁵, même si pour la moitié environ d'entre eux, les éléments variables ne dépassent pas 10 % de la rémunération globale³⁶⁶. Dans de nombreux grands groupes français, il est fait appel à des experts en « compensation and benefits » pour doser au plus juste les salaires, primes, bonus, prévoyance, épargne retraite et avantages en nature. Ces spécialistes assistent les DRH pour veiller à ce que les salaires proposés aux managers opérationnels accompagnent le talent et les performances et le mot clé est « objectifs », qu'ils

³⁶⁴ Ut infra, 2^{ème} partie. Bien que l'on constate, au travers des « contrats de mission » ou des sociétés de portage salarial, le développement du travail temporaire dans la population des cadres

³⁶⁵ Voir Courrier des cadres, n° 1445, 23 mai 2002, p. 29

³⁶⁶ Voir Challenges, « Salaires 2005 : les cadres au régime variable », 26 octobre 2005

Selon une enquête de la Cegos, la part variable dépasse, en moyenne, 20 % du salaire fixe et un tiers des DRH estiment que le salaire variable sera l'élément de rétribution qui se développera le plus à l'avenir, devant la

soient individuels ou collectifs. Ce constat, que l'on retrouve dans toute la presse économique³⁶⁷, correspond à l'idée qu'il est nécessaire, dans une entreprise moderne, de quantifier et de récompenser la performance individuelle pour apprécier la valeur ajoutée créée par le salarié au sein de l'entreprise. Historiquement, l'une des premières formes de rémunération variable, individualisée, fut l'octroi d'un pourcentage sur le chiffre d'affaires aux salariés, en charge de la fonction commerciale, avec, par la suite, des déclinaisons, visant à corriger certains effets pervers (plafonds, seuils de déclenchement, pourcentages dégressifs...); néanmoins, malgré des variantes (commissionnement sur les marges par exemple), ce système, fondé sur le résultat, et non sur la performance du salarié, aboutit à entériner des rentes de situation³⁶⁸. Afin d'affiner la recherche d'une rémunération ayant pour but de récompenser la performance et de stimuler la compétitivité, la rémunération variable a, ainsi, évolué, au fil des années, vers les primes sur objectifs³⁶⁹, qui permettent, à la fois, de prendre en compte les situations individuelles et d'adapter, périodiquement, les objectifs à l'évolution de l'entreprise, de la concurrence ou du Marché³⁷⁰.

227. Toutefois, si aujourd'hui ce mode de rémunération variable³⁷¹ connaît un succès certain auprès des managers³⁷², il est loin de faire l'unanimité auprès des magistrats chargés de veiller au respect du Droit du travail³⁷³. En effet, le mécanisme des primes sur objectifs nécessite, par définition, d'être adapté et actualisé périodiquement, il n'est donc pas envisageable lors du recrutement du salarié et de la signature de son contrat, de définir un

formation et l'épargne-retraite. Or, pour 51 % des cadres, l'élément le plus motivant reste le salaire fixe, devant l'épargne salariale, l'épargne-retraite et le salaire variable. Le hiatus est donc profondément installé.

³⁶⁷ Courrier des cadres. « Des rémunérations de plus en plus ciblées », 25 mai 2002 p. 30, 31

³⁶⁸ A titre d'exemple, le cadre reprenant une entité en fort déficit et parvenant à apporter l'équilibre d'exploitation, sans la rente bénéficiaire, n'aura droit à rien, alors que le cadre, confortablement installé dans une unité historiquement rentable, percevra une forte rémunération variable.

³⁶⁹ Selon l'étude de la Cegos, 91 % des sommes budgétées en 2003 par les entreprises au titre de la rémunération variable ont bien été versées en 2004. Du côté des entreprises, le chiffre se confirme. Selon Y. BUISSON, DRH d'Unilog, 80 % des cadres ont été augmentés à la suite de la réalisation de leurs objectifs. A Accor, 92 % des cadres ont obtenu leur prime d'objectifs ; chez Bouygues Construction, ils sont 97 %.

Cf Challenges, op. cité

³⁷⁰ Cf D. SICOT, « Rémunérations : les primes de performance ne sont plus dans l'air du temps ! », L'Entreprise.com 25/ 08/ 2004

Après plusieurs années de hausse, la part des primes de performance des salariés s'est stabilisée en 2002 ; ce tassement serait dû à la mauvaise conjoncture économique de l'année.

³⁷¹ Voir en ce sens, T. KATZ, « La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge », Droit Ouvrier, avril 2005

³⁷² L'on peut citer Entreprises et carrières, 13 janvier 2003, p. 27, Cap Gemini Ernst and Young remodèle ses rémunérations variables.

Entreprises et carrières, 25 août 2003, p. 23, Danone Tchèque s'appuie sur les compétences

Le Moniteur, 31 janvier 2003, Les salaires des cadres du BTP, p. 78, 84 et 85

L'Express, 11 septembre 2003, Enquête sur le salaire des cadres : tirer parti du culte de la performance. « *Les invraisemblables yoyos salariaux de ces dernières années n'ont pas tué la rémunération variable, au contraire. Dans les entreprises, le débat ne porte que sur la nécessité d'instaurer un plafond en cas de dépassement des objectifs.* »

objectif figé et intangible, appelé à se pérenniser durant sa carrière dans l'entreprise ; il en résulte, dès lors, un risque pour le salarié, s'il doit être soumis à des négociations récurrentes avec son employeur, sur un élément clé de son contrat de travail.

2) Les mécanismes utilisés dans l'entreprise

228. Le contrat de travail peut, face à ce dilemme, adopter trois voies :

- l'adaptation automatique, par le jeu d'indices ou de formules, plus ou moins complexes et élaborées.
- l'adaptation par voie d'une négociation employeur / salarié
- l'adaptation par une décision unilatérale de l'employeur.

Le premier mécanisme est particulièrement délicat dans sa mise en œuvre sur une longue durée, car les évolutions monétaires ou économiques sont tellement rapides et sensibles que des paramètres, pourtant élaborés avec le plus grand soin, peuvent s'avérer, à court terme, tout à fait inadaptés³⁷⁴ ; il s'expose, en outre, de par le risque couru par le salarié de subir une baisse significative de salaire, à la censure de la jurisprudence³⁷⁵.

Le second mécanisme, qui suppose un accord négocié entre les deux parties, peut conduire à un blocage, entraînant soit le maintien du statu quo ante, soit l'intervention du juge en application de l'article 1135 du Code civil³⁷⁶.

Il n'est donc pas surprenant de constater que de nombreux contrats de cadres ont inclus une clause qui laisse à l'employeur le pouvoir de définir annuellement les objectifs. Ce type de clause a été condamné de manière particulièrement nette, par plusieurs arrêts de principe de la Cour de cassation³⁷⁷. Pour certains auteurs, il paraissait possible de mettre en place une définition unilatérale d'objectifs par l'employeur, sous réserve de prévoir des limites, visant à encadrer cette fixation, mais les évolutions jurisprudentielles récentes

³⁷³ Voir en ce sens, C. RADE, « Le juge, arbitre des différends salariaux », *Droit Social*, novembre 2004

³⁷⁴ Ainsi que l'évoque G. COUTURIER, « La rémunération, élément du contrat de travail », *Dr. Soc.* Juin 1998, p. 523. La difficulté que rencontrent ici les parties, pour déterminer, dans le temps, l'évolution du salaire, est à rapprocher de celle à laquelle se heurtaient les co-contractants d'un contrat de fourniture exclusive, de longue durée, pour la détermination du prix dans le temps, avant le revirement jurisprudentiel initié par l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995, *JCP*, 1996, II, 22565, conc. Jeol.

Dans le même sens, C. RADE, « Les limites du tout contractuel », *Dr. Soc.*, sept. 2000, p. 828 et s.

³⁷⁵ Cass. Soc., 21 janv. 1988, *Bull. civ.* V, n° 58 ; Cass. Soc., 4 janv. 1996, *Rev. Jur. Soc. F.* Lefebvre 21/ 96, n° 182

³⁷⁶ En ce sens, l'article P. WAQUET, « Les objectifs », *Dr. Soc.*, févr. 2001, p. 120 et suiv.

Voir aussi, F. BLIN, « La délicate question de l'adaptation régulière au marché de la rémunération des commerciaux », *TPS* 2000, comm. 16

semblent avoir fermé cette porte³⁷⁸. Depuis l'arrêt « Raquin »³⁷⁹, le juge n'a cessé d'affirmer le rattachement du contrat de travail à la règle civiliste de l'article 1134 du Code civil et l'impossibilité, pour l'employeur, de toucher, peu ou prou, à la loi des parties, sans l'accord de son co-contractant : une clause de variabilité de salaire ne peut donc être acceptée que si elle est fondée sur des éléments parfaitement objectifs³⁸⁰, propres à l'entreprise et étrangers à la volonté de l'employeur³⁸¹.

De plus, le contrat de travail se distingue du contrat d'entreprise, ou du contrat de société, par le non assujettissement du salarié aux risques de l'exploitation : la clause de variabilité ne doit pas générer, pour le salarié, une perte de salaire significative même si l'entreprise subit de lourdes pertes.³⁸²

Le recours, quasi systématique, à une partie variable, dans la rémunération des cadres, n'est donc pas du goût du juge, qui y voit une atteinte à l'équilibre du contrat de travail.³⁸³

Toutefois, les clauses d'objectifs ne sont pas les seules marques de l'individualisation des salaires : il faut compter, aussi, avec les primes et les avantages en nature.

B- La multiplication des primes et des avantages en nature

229. Il est de plus en plus fréquent d'entendre les DRH, ou autres professionnels du secteur, évoquer « la rémunération globale » lorsqu'il est question de politique salariale. En

³⁷⁷ Cass. Soc., 28 janvier 1998, Systia Informatique, Bull. civ. V, n° 40 ; Cass. Soc., 3 mars 1998, Herzberg, Bull. civ. V, n° 109 ; Cass. Soc., 18 avril 2000, Keller Fermetures, TPS 2000, comm. 227 ; Cass. Soc., 30 mai 2000, Canon France, TPS, 2000, comm. 264

³⁷⁸ En ce sens, P. H. ANTONMATTEI, « Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire », Liaisons sociales, nov. 2000, p. 74

« Retour sur les clauses de variabilité », Jurisprudence Sociale Lamy, 30 août 2001, chron. p. 2

³⁷⁹ Cass. Soc., 8 octobre 1987, arrêt « Raquin » : Bull. civ. V, n° 541 ; D. 1988. 57, note Y. SAINT-JOURS

Dans le même sens : Cass. Soc., 17 déc. 1987 : Bull. civ. V, n° 746

³⁸⁰ Cf. Cass. Soc., 22 mai 2001, JCP G 2002, II, 10066, note V. RENAUX-PERSONNIC : l'employeur peut déterminer unilatéralement les critères d'attribution des primes, à condition toutefois que les objectifs professionnels assignés au salarié soient raisonnables et compatibles avec le marché : Cass. Soc., 30 mars 1999, RJS 1999, n° 641, et que l'employeur exécute loyalement le contrat de travail en donnant au salarié les moyens nécessaires à leur réalisation : Cass. Soc., 19 février 2004, n° 01-45. 216

³⁸¹ En ce sens, P. WAQUET, « Pouvoir de direction et les libertés du salarié », Dr. Soc., 2000, p. 1054

³⁸² Voir en ce sens, G. COUTURIER, « La rémunération, élément du contrat de travail », Dr. Soc., Juin 1998 « La rémunération du salarié constitue un élément du contrat de travail. Est-ce à dire que tout changement affectant le montant de la rémunération implique modification du contrat ? La démarche simple qui s'observe dans l'arrêt incite fortement à une réponse affirmative... Il apparaît bien que la Cour de cassation appliquerait le même raisonnement à toute réduction significative du niveau de la rémunération. »

³⁸³ Voir en ce sens, Cass. Soc., 13 juillet 2004, Droit Social, novembre 2004, p. 936

Lorsque le droit à une rémunération variable résulte du contrat de travail et à défaut d'un accord entre l'employeur et le salarié sur le montant de cette rémunération, il incombe au juge de la déterminer en fonction des critères visés au contrat et des accords conclus les années précédentes, de sorte que, si l'objectif de résultats dont le contrat de travail fait dépendre la rémunération variable n'a pas été déterminé, il appartient au juge de le fixer par référence aux années antérieures.

effet, à côté des rémunérations fixes ou variables, les cadres perçoivent, de nombreuses primes, variées et ponctuelles et bénéficient de multiples avantages, directs ou indirects, qui, ajoutés les uns aux autres, peuvent accroître très sensiblement la valeur des contreparties matérielles reçues à l'occasion de l'activité professionnelle. Nous examinerons successivement, ces deux catégories de rémunérations personnalisées.

1) Les primes

230. En fonction des entreprises, des secteurs d'activité, ou des époques, le nombre et la nature des primes sont extraordinairement variés et changeants ; il est impossible d'en dresser un état exhaustif, l'imagination des managers en créant, sans cesse, de nouvelles³⁸⁴.

Au plan terminologique, la notion de prime peut, cependant, être précisée, en se fondant sur l'acte ou le fait juridique qui en est à l'origine. En effet, certaines primes ont leur source dans la loi³⁸⁵, la convention³⁸⁶, l'usage³⁸⁷, ou l'engagement unilatéral exprès pris par l'employeur³⁸⁸, et, en tant que telles, elles ne constituent pas un moyen déterminant de personnalisation du salaire, dès lors qu'elles ont un caractère obligatoire, au moins dans leur principe. A l'opposé, les primes liées au seul bon vouloir de l'entreprise, empreintes d'une intention libérale et d'une volonté de gratifier spontanément tel ou tel salarié, pour son comportement ou ses résultats, permettent de moduler et d'individualiser la contrepartie financière versée à un cadre plus ou moins méritant et elles constituent, dans certaines entreprises, un instrument privilégié de gestion des salaires³⁸⁹. Une telle pratique, utilisée de façon ponctuelle, peut, à l'évidence, constituer une récompense, à la fois financière et psychologique, pour un cadre qui a réalisé une performance exceptionnelle ou qui a fait

³⁸⁴ Avec l'entrée dans une période où les courbes démographiques rendent plus aléatoires le remplacement de cadres partis à la retraite, les grandes entreprises privilégient le recrutement et la fidélisation de jeunes cadres, en attribuant des primes de cooptation ou de parrainage, aux salariés qui ont facilité leur embauche, voire en versant directement aux intéressés des primes de bienvenue.

Voir en ce sens D. BURGAUB, « Le salaire ne fait plus tout », Ed. Organisation, 2002

Cf également, B. ROMAN, « Les golden hellos : nouvel eldorado des dirigeants », JCP, E, juin 2004

Les dirigeants de société bénéficient fréquemment de golden hellos ; ils reçoivent ainsi une somme d'argent pour leur prise de fonctions, et ce indépendamment de toute activité. L'expression de golden hello est traduite en français de différentes façons : une traduction littérale en fait un « bonjour doré », cette technique est aussi appelée « prime de rideau ».

³⁸⁵ Loi n° 82-684 du 4 août 1982 institutionnalisant la prime de transport de la région parisienne.

³⁸⁶ Cass. Soc., 1^{er} juin 1997, RJS 1997, 675, n° 1093 ; Cass. Soc., 22 février 2000, Dr. Soc. 2000, 438, obs. C. Radé

³⁸⁷ Cass. Soc., 28 févr. 1996, Bull. Civ. V, n° 74

³⁸⁸ Cass. Soc., 28 oct. 1997, Dr. Soc. 1998, p. 77, obs. G. COUTURIER

³⁸⁹ Une prime n'a aucun caractère obligatoire pour l'employeur, lorsque son montant est fonction d'éléments subjectifs et discrétionnaires non déterminés par avance avec certitude et son caractère de fixité, Cass. Ch. Réunies, 5 août 1941, JCP, 1941, II, 1734

montre d'une implication particulière, au service de l'entreprise ; en revanche, le recours systématique au versement de primes, boni, gratifications, d'appellations diverses et changeantes, selon des périodicité fantaisistes et avec des modes de calculs arbitraires, peut, assez, rapidement, déstabiliser le récipiendaire, demandeur d'une lisibilité et d'une prévisibilité dans l'évolution de sa rémunération plutôt que d'une gestion aléatoire, unilatérale, voire paternaliste, de ses revenus, par l'employeur. Dès lors que le cadre n'adhère pas un tel système, empreint de subjectivité, il devient indispensable de définir, en amont, les règles qui présideront à l'octroi, ou au refus de la prime, et l'on en revient aux difficultés sus évoquées concernant les objectifs³⁹⁰ ; de même, il arrive fréquemment que les primes deviennent récurrentes, ce qui soulève d'autres difficultés³⁹¹.

Quoi qu'il en soit, la pratique des primes-gratifications constitue, dans la quasi totalité des entreprises, une soupape, ou un palliatif, qui permet, à la marge, et parfois empiriquement, de calmer le mécontentement ou le découragement des cadres ou, au contraire, de récompenser un comportement ou une performance dignes d'éloges. Ces « attentions » réservées à un individu, ou à une équipe, peuvent, au-delà de l'avantage matériel, représenter une forme de reconnaissance sociale, que l'on retrouve, également, dans les avantages en nature, proposés de manière ciblée, à certains salariés.

2) Les avantages en nature

231. La lecture des magazines économiques est éclairante³⁹² : les entreprises vont au-delà du seul salaire, pour attirer et retenir leurs collaborateurs, et elles mettent, de plus en plus, en avant, des avantages en nature, dont la palette, à l'image de celle des primes, ne cesse de s'étendre³⁹³. La raison de cet engouement est double : d'une part, le coût salarial et fiscal de

³⁹⁰ Le juge s'arroge un droit de contrôle sur les clauses d'objectifs, non seulement lorsqu'elles conditionnent l'octroi d'une rémunération variable, mais encore la poursuite du contrat de travail : en toute hypothèse, il doit vérifier si les objectifs contractuels étaient réalistes et si leur non réalisation provenait de l'insuffisance professionnelle du salarié : cf Cass. Soc., 6 mai 2002, TPS, août-sept. 2002

³⁹¹ Voir en ce sens, J. E. RAY, « Droit du travail, droit vivant » Ed. Liaisons 2002, p. 152

« On constate surtout dans les grandes organisations, qu'il est socialement difficile de ne pas pérenniser les primes ponctuelles, généraliser les avantages individuels, figer les primes aléatoires. Ainsi se formeront les usages sur lesquels l'employeur ne peut que difficilement revenir, même si la Cour de cassation rappelle régulièrement que ces avantages collectifs ne s'incorporent pas au contrat de travail. »

³⁹² Voir L'Expansion, septembre 2003, Le salaire des cadres, p. 166, « Professionnels, visez l'avantage en nature »

L'Express, septembre 2004, p. 143 « Réussir : décrocher des avantages en nature »

Le Monde, 31 janvier 2003, p. 84, « Les cadres à l'heure de la rémunération globale »

³⁹³ Au-delà des classiques attributs du cadre, véhicules, logements, missions et réceptions, l'on retrouve les outils issus des NTIC (hôtellerie, téléphones, ordinateurs, organisateurs portables...), ainsi que des remises sur produits

l'avantage en nature est souvent moindre que celui des salaires stricto sensu, à la fois pour l'entreprise et pour le bénéficiaire, d'autre part, en raison de la diversité des formes qu'il peut revêtir, il permet une parfaite adaptation à la personne du cadre, à ses aspirations, à son environnement familial, social ou culturel³⁹⁴.

En principe, l'avantage en nature est assujéti à cotisations sociales chez l'employeur et le salarié et à l'impôt sur le revenu, chez le salarié, au même titre qu'un salaire, acquitté en espèces ; toutefois, s'agissant, par définition, d'un avantage en « nature », il est nécessaire pour le quantifier, et donc le taxer, de le valoriser. La valorisation des avantages en nature, effectuée à l'initiative de l'employeur, a, pendant longtemps, bénéficié d'un régime de faveur, soit en raison de la multiplicité et de la complexité des barèmes forfaitaires évaluant certains avantages³⁹⁵, soit de par la difficulté de disposer de critères pertinents en vue d'appréhender la quantum de l'avantage.

232 Une réforme récente est intervenue, en matière de Sécurité Sociale, pour actualiser et moderniser le régime juridique des avantages en nature, ainsi que celui des remboursements de frais professionnels³⁹⁶. Visant à instaurer « un régime plus souple et plus moderne », ces textes devraient corriger, sensiblement, les sous-évaluations jusque-là constatées dans la valorisation des avantages en nature, et donc en réduire l'attrait, autant pour les entreprises que pour les salariés. Néanmoins, malgré les rappels de définitions opérés par l'Administration, il reste souvent difficile de distinguer les avantages en nature, assujettis à cotisation et à impôt sur le revenu, des frais professionnels et des frais d'entreprises que l'on peut tenter de distinguer comme suit :

- l'avantage en nature réside dans la fourniture, ou la mise à disposition d'un bien ou service, permettant au salarié de faire l'économie de frais qui normalement lui incombent ;
- les frais professionnels sont des charges de caractère spécial inhérentes à la fonction ou à l'emploi du salarié que celui-ci supporte au titre de l'accomplissement de ses missions.
- les frais d'entreprise sont des frais engagés par le salarié dans l'intérêt de l'entreprise et non des frais liés à l'exercice normal de la profession.

ou services (avions, abonnements de loisirs, prêts bonifiés...), voire des jours supplémentaires de vacances ou de formation.

³⁹⁴ Le véhicule de fonction, mis à disposition du cadre, de par sa marque, son type, voire sa couleur, est souvent choisi en fonction des poncifs et des codes en vigueur dans sa profession : un cadre de la banque, gestionnaire de patrimoine, ne doit pas véhiculer la même image qu'un « créatif », salarié dans une agence de communication.

³⁹⁵ L'avantage en nature, résultant des frais de déjeuner, était valorisé, différemment, pour deux salariés prenant ensemble leur repas à l'extérieur, selon que leur rémunération dépassait ou non le plafond de sécurité sociale.

³⁹⁶ Arrêtés des 10 et 20 décembre 2002, J.O. 27 déc. 2002, p. 21750 à 21760
Circulaires des 6 et 7 janvier 2003, DSS/SDFSS/SB, n° 2003/06 et 07

A titre d'exemple, sont ainsi considérés comme frais d'entreprise, les dépenses engagées à l'occasion de voyages d'affaires, de voyages de stimulations, de séminaires, s'ils sont justifiés par l'organisation et la mise en place d'un programme de travail...

233. Avec le développement, de plus en plus marqué, de l'autonomie des cadres, qui, nous l'avons vu, fait éclater les notions classiques de lieu et de temps de travail, la frontière, ci-dessus définie, entre frais d'entreprise, frais professionnels et avantages en nature, va se révéler de plus en plus difficile à tracer, pour l'entreprise, tout d'abord, mais aussi, et surtout, pour les contrôleurs de la Sécurité Sociale³⁹⁷, et, en raison de la pression conjuguée des prélèvements fiscaux et sociaux, employeurs et cadres continueront donc à avoir un intérêt commun à multiplier ces avantages indirects.

Cette propension à accroître les avantages en nature est, en outre, accentuée par l'impact psychologique fort que revêt, pour le cadre, la personnalisation de ces avantages : au-delà de la contrepartie monétaire immédiate, le bénéficiaire de l'avantage est flatté d'avoir pu choisir la marque ou la couleur de sa voiture, ou d'avoir obtenu une option, refusée à un de ses homologues, et il le sera doublement, lorsqu'il pourra en faire état auprès de son entourage.

234. Dans un autre registre, le cadre, souvent très accaparé par ses fonctions au sein de l'entreprise, ne dispose pas toujours du temps suffisant pour gérer son propre avenir, et plus précisément, pour organiser sa vie, après l'arrêt de son activité professionnelle.

Or, l'allongement incessant de notre espérance de vie, couplé aux interrogations que suscitent, actuellement, les évolutions démographiques de notre population active³⁹⁸, déséquilibre, de manière inquiétante, notre système de retraite fondé sur la répartition, et, plus particulièrement, le célèbre « régime de la Caisse des Cadres », qui a fait rêver nombre de dirigeants dans les années 70.

Face à ce double constat, les entreprises ont, depuis de nombreuses années, anticipé sur le dispositif incitatif mis en place par la loi FILLON³⁹⁹ en souscrivant, au profit de leurs cadres, des régimes de retraite facultatifs, connus, par référence au statut fiscal défini dans le Code Général des Impôts, comme les contrats des articles 82 et 83. Ces systèmes, qui permettent aux employeurs de financer, au moyen des contributions patronales, une retraite supplémentaire, par capitalisation, au profit de leurs cadres, et notamment de ceux qui

³⁹⁷ D'autant que l'employeur sera d'autant plus enclin « à fermer les yeux » et à « oublier » certains avantages en nature qui, ainsi, lui permettront d'économiser les charges sociales et d'octroyer un « cadeau fiscal » au cadre bénéficiaire.

³⁹⁸ Voir en ce sens, B. SERIZAY et B. PLATEL, « La loi sur les retraites : les enjeux de la loi Fillon », Editions Liaisons, 2004, introduction, p. 9 et suivantes

³⁹⁹ Loi n° 2003-775 du 21 août 2003

disposent des plus hautes rémunérations⁴⁰⁰, constituent, aujourd'hui, une des catégories d'avantages en nature les plus fréquentes et les plus prisées, pour des cadres à qui l'on annonce, lors de leur futur départ à la retraite, une amputation largement supérieure à la moitié, de leurs derniers revenus d'activité. Touchant, ainsi, directement, à la personne du cadre et à sa famille, ce type d'avantage revêt, outre l'aspect financier, un aspect psychologique positif.

Dans un environnement marqué par la promotion de l'individu, il n'est finalement pas anormal que les salaires obéissent à un besoin de personnalisation et, dès l'instant que notre société devient de plus en plus complexe, voire compliquée, il est également logique que l'on s'achemine vers une diversification des rémunérations.

II -La diversification des rémunérations

235. Ainsi que nous aurons l'occasion de l'étudier dans les développements qui constitueront la seconde partie de notre travail, le Droit du travail a été particulièrement expansionniste, tout au long du XX^{ème} siècle, et, avec le soutien du législateur et du juge, il est devenu une norme de référence pour de multiples activités, qui, à l'origine, semblaient exclure le lien de subordination inhérent au contrat de travail^{401 402}.

Face à des situations aussi hétérogènes, la notion de rémunération a, logiquement, été transcrite sous des formes multiples, souvent très éloignées du salaire, à caractère exclusivement alimentaire, que percevaient les ouvriers du XIX^{ème} siècle et cette diversité est surtout présente chez les cadres. En effet, de plus en plus, la rémunération, que perçoit le cadre, déconnectée de ses heures de travail, trouve son origine dans sa capacité à générer, pour son employeur, de la valeur ajoutée, que ce soit par sa technicité, sa créativité ou son carnet d'adresse ; il est, dès lors, difficile d'identifier le salaire à une notion homogène et monolithique. Au plan terminologique, il serait, sans doute, plus exact de limiter la notion de salaire à la contrepartie d'un travail fourni et d'utiliser le terme de rémunération pour définir l'ensemble des retours financiers, que peut recevoir le cadre du fait de l'activité ou des résultats qu'il génère pour l'entreprise ; malheureusement, ainsi que l'a fait remarquer un

⁴⁰⁰ Les cotisations pouvant être modulées entre tranche A (plafond annuel de la sécurité sociale), tranche B (de 2 à 4 plafonds annuels) et tranche C (entre 4 et 8 plafonds annuels)

⁴⁰¹ Parmi d'autres activités, nous évoquerons les médecins, les avocats, les artistes, les sportifs professionnels et les bénévoles de la Croix-Rouge : Cass. Soc., 29 janvier 2002, Dr. Soc. 2002, p. 499, note J. SAVATIER

⁴⁰² Cf notamment, la référence subsidiaire à un service organisé et à la notion principale de subordination juridique dans l'arrêt Société Générale, Cass. Soc., 13 nov. 1996, JCP, E, 1997, II, 911, note J. BARTHELEMY ; Dr. Soc., p. 1067, note J.J. DUPEYROUX

auteur⁴⁰³, le Code du travail, au même titre que la doctrine⁴⁰⁴ ou la jurisprudence⁴⁰⁵ utilisent, indifféremment, les termes « salaires » ou « rémunérations », soit comme des synonymes, soit pour les distinguer⁴⁰⁶. Pour G. LYON-CAEN⁴⁰⁷, la question est purement sémantique : « *c'est la notion de rémunération du travail qui doit seule retenir l'attention et non plus celle trop limitée de salaire. Un phénomène d'irradiation s'est produit ayant pour centre le salaire et gagnant de proche en proche les accessoires de celui-ci, l'ensemble constituant la rémunération* »

Ce n'est pas autre chose qu'appréhende, plus prosaïquement, le Droit de la Sécurité Sociale⁴⁰⁸, pour assujettir à cotisations l'ensemble des sommes perçues à l'occasion du travail, même si des divergences subsistent dans la définition du salaire en Droit fiscal, en Droit de la Sécurité Sociale et en Droit du travail.

236 Une approche aussi extensive de la notion de salaire, qui est logiquement dictée par un souci de protéger le salarié, ne reçoit pas forcément l'aval des cadres, quasi-indépendants, confrontés aux mêmes soucis que les employeurs, à savoir la pression fiscale et sociale qui pèsent sur les salaires⁴⁰⁹, et, dans certaines hypothèses, les deux parties s'éloigneront d'un commun accord, du contrat de travail et du salaire, pour organiser autrement certaines de leurs relations économiques, qui ont pourtant leur origine dans ledit contrat.

Ces relations, que l'on peut qualifier d'atypiques, éloignent, encore plus, les cadres concernés du Droit commun de la situation salariale : elles se rencontrent, aussi bien, lors de l'exécution du contrat de travail qu'à l'occasion de sa rupture.

A- Les rémunérations atypiques en cours de contrat

Les rigidités conjuguées du Droit du travail, du Droit fiscal et du Droit social, conduisent souvent les deux parties, employeur et cadre, à rechercher une disqualification d'éléments de salaires, en rémunérations d'autres catégories : ce sera, notamment, le cas lorsque l'employeur

⁴⁰³ P.H. ANTONMATTEI, « La qualification du salaire », Dr. Soc., juin 1997, p. 571

⁴⁰⁴ Cf, par exemple, G. COUTURIER, « La rémunération, élément du contrat de travail », Dr. Soc., juin 1998, p. 523

⁴⁰⁵ Cf Cass. Soc., 10 oct. 1979, Bull. Civ., n° 704 « *Par salaire, il faut entendre toute rémunération d'un travailleur, en état de subordination* »

⁴⁰⁶ L'intéressement est une rémunération collective, distincte du salaire

⁴⁰⁷ G. LYON-CAEN, « Le salaire », D. 1981, p. 238, n° 192

⁴⁰⁸ Article L. 311-2 du Code de la Sécurité Sociale « *Sont affiliés obligatoirement aux assurances sociales du régime général, ...toutes les personnes...salariées en travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs, et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat* »

⁴⁰⁹ Ut infra

acceptera de rémunérer le cadre pour ses qualités personnelles, qu'elles soient intellectuelles, sportives ou artistiques.

1) La rémunération des inventions de cadres

237. Les dispositions légales, qui régissent, de manière supplétive, les inventions de salariés⁴¹⁰ sont particulièrement significatives du statut atypique que peut occuper le cadre au sein de l'entreprise, puisque l'inventeur salarié va, selon les circonstances, être considéré comme un salarié (inventions dites de missions) ou comme un prestataire de services (inventions hors missions) doté d'une indépendance partielle (inventions attribuables) ou totale (inventions non attribuables). Ces différences de qualification génèrent, soit le versement de salaires, soit le paiement de droits de propriété industrielle (rachat avec un prix cash ou versement de royalties), selon que l'invention a été réalisée dans le cadre de l'exécution du contrat de travail ou dans un contexte plus ou moins détachable dudit contrat ; or, ainsi que le fait remarquer justement C. RADE⁴¹¹, *« la confusion des temps et des lieux ne manquera pas de poser des problèmes pour distinguer, au sein des inventions ou des créations réalisées par les salariés, celles qui appartiennent, ou peuvent appartenir à l'employeur, de celles qui doivent demeurer la propriété du seul salarié. »*

S'agissant de créations intellectuelles, qui relèvent pour l'essentiel du monde des idées, il est, en effet, particulièrement difficile et hasardeux de les rattacher à l'état de subordination qui caractérise le contrat de travail, hormis lorsque l'activité inventive constitue l'objet même du contrat ; dans les autres situations, la rémunération de l'activité inventive donne lieu à paiement, au salarié, d'un prix, et non d'un salaire.⁴¹²

On distingue alors les inventions qui ont lieu dans le cadre ou en dehors de la mission.

⁴¹⁰ Articles L. 611-7 ; 611-9 ; 611-17 et 615-21 du Code de la Propriété intellectuelle

⁴¹¹ C. RADE, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », Dr. Soc., Janvier 2002, p. 26

⁴¹² Sur cette question, aux frontières du Droit de la Propriété Intellectuelle et du Droit du Travail, cf J.M. MOUSSERON, « Nouvelles technologies et création des salariés », Dr. Sociétés, juin 1992, p. 563

M. MOUSSERON, « Les inventions de salariés », Ed. Litec, 1995

J.P. MARTIN, « Les inventions de salariés », Ed. Cedat, 1996

A. LUCAS, « Propriété littéraire et artistique », Jurisclasseur

V. COTTEREAU, « Les inventions de salariés », Juris-classeur, travail

a- Les inventions de missions

238. Depuis la loi du 26 novembre 1990⁴¹³, les inventions de missions sont obligatoirement rémunérées, sous forme d'un supplément exceptionnel de salaire⁴¹⁴, déterminé par le contrat, un accord d'entreprise ou une convention collective⁴¹⁵.

Lorsque l'entreprise ne dépend pas d'une convention collective de branche, tout litige relatif à la rémunération complémentaire est soumis à une commission de conciliation⁴¹⁶, la CNIS ; en toute hypothèse, si le désaccord persiste, le tribunal compétent sera le Tribunal de Grande Instance, compétent en matière de brevet d'invention^{417 418}.

239. Cette catégorie d'invention est considérée comme ayant sa seule origine dans l'accomplissement du contrat de travail et, dès lors, elle appartient, de plein droit, à l'employeur. L'article L. 611-7 du Code de la propriété intellectuelle impose, en conséquence, qu'elle soit faite, soit dans l'exécution d'un contrat de travail comportant une mission inventive, inhérente à la fonction du salarié, soit d'études et de recherches qui lui sont explicitement confiées. Ce travail commandé est donc normalement rémunéré par le salaire versé à l'inventeur ; toutefois, dans le souci de récompenser non pas ceux qui cherchent, mais ceux qui trouvent, le législateur a prévu le principe d'un supplément de salaire, laissant le soin à la convention de le définir. Néanmoins, malgré les règles prévues pour fixer la forme, le montant ou les délais de paiement du supplément de rémunération, il arrive que des désaccords surviennent, avec saisine de la CNIS, voire des tribunaux. Si d'une façon générale,

⁴¹³ Loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990

⁴¹⁴ Antérieurement à cette loi, la jurisprudence, en l'absence de règles conventionnelles, avait identifié les inventions de services, effectuées en exécution du contrat de travail, qui appartenaient à l'employeur, sans contrepartie financière pour le salarié ; ensuite, la loi du 13 juillet 1998, sur les brevets d'invention, évoquait l'éventualité d'une rémunération du salarié inventeur, lorsqu'elle était prévue par le contrat ou la convention collective. En pratique, toutefois, très peu de conventions collectives avaient visé cette rémunération supplémentaire, puisqu'en 1981, le professeur J. S. Schmitt n'en avait recensé que 20 sur 172 ; cf J. Schmitt « La nouvelle loi sur la propriété industrielle » ALD 1991, p. 29

⁴¹⁵ Afin de favoriser la source conventionnelle, l'article L. 133-5-12 du Code du travail conditionne l'extension des conventions collectives de branche à l'insertion de règles organisant « *les conditions dans lesquelles le ou les salariés, auteurs d'une invention, dévolue à un employeur, en vertu des dispositions du 2^{ème} alinéa de l'article I^{ter} de la loi du 2 janvier 1968 sur les brevets d'invention bénéficiant d'une rémunération supplémentaire* ». Il faut remarquer, qu'en l'absence de dispositions conventionnelles individuelles ou collectives, aucune rémunération supplémentaire n'est due par l'employeur.

Cf Ch. DE HAAS et R. GILBEY, « Conséquences en matière de licences et litiges des nouvelles lois régissant la propriété industrielle », RTD intell. 1992, p. 143 et s.

⁴¹⁶ La commission nationale des inventions de salariés- CNIS- créée par l'article 615-2 du Code de la Propriété Intellectuelle est une instance de consultation et de conciliation, composée d'un magistrat de l'ordre judiciaire, assisté de deux personnes compétentes choisies, affaire par affaire, sur une liste dressée par le directeur de l'INPI l'une représentant les employeurs et l'autre représentant les salariés.

Sur la question, cf E. TEVENIN, « La CNIS et les inventions de mission » RDPI, oct. 1986, p. 23

⁴¹⁷ Le code de l'organisation judiciaire désigne 10 TGI, tribunaux spécialisés en matière de contentieux afférents aux brevets

la CNIS demeure modérée dans l'évaluation du supplément de rémunération⁴¹⁹, les magistrats sont, sur la période récente, beaucoup plus généreux avec le salarié inventeur, n'hésitant pas à déconnecter le complément de rémunération dû au salarié, de ses salaires habituels⁴²⁰, pour prendre en compte les profits potentiels que l'employeur peut escompter, grâce à l'invention. S'agissant de la chambre Commerciale de la Cour de cassation, l'on peut comprendre qu'elle soit moins sensible, que la chambre Sociale, à une conception « travailliste » de cette rémunération, il n'en demeure pas moins que la logique, ici adoptée par les magistrats, s'éloigne fort de celle du contrat de travail traditionnel, même si les administrations fiscales et sociales, s'appuyant sur la qualification de complément de salaire, recouvrent les charges et impôts inhérents à cette catégorie de rémunération⁴²¹.

Nous allons découvrir, maintenant, avec l'autre catégorie d'inventions de salariés, une distanciation encore plus grande, avec le contrat de travail, puisqu'il n'est plus du tout question de rémunération salariale.

b- Les inventions hors mission

Après avoir défini les inventions de mission, qui reviennent à l'employeur, le Code de la propriété intellectuelle indique, de façon lapidaire « Toutes les autres inventions appartiennent au salarié ». Une exception est, cependant, immédiatement formulée, qui va conduire à distinguer deux catégories d'invention hors mission.

- Les inventions hors mission attribuables :

240. L'article L. 611-7-6 du Code de la Propriété intellectuelle précise :

« Toutefois, lorsqu'une invention est faite par un salarié soit dans le cours de l'exécution de ses fonctions, soit dans le domaine des activités de l'entreprise, soit par la connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise, ou de données procurées par elle, l'employeur a le droit ... de se faire attribuer la propriété ou la jouissance de tout ou

⁴¹⁸ La compétence du Conseil de prud'hommes est, en cette matière, très résiduelle, elle sera limitée aux manquements à l'obligation de loyauté manifestés à propos d'une invention de salarié (art. L. 511-1 du Code du travail)

⁴¹⁹ Une réponse ministérielle, déjà ancienne, faisait état, pour les décisions de la CNIS, d'une moyenne représentant deux à trois mois de salaire de l'inventeur.

⁴²⁰ Dans un arrêt du 21 novembre 2000, la Cour de cassation a confirmé la décision de la Cour d'appel de Paris, de fixer à 4 millions de francs, le montant de la gratification à verser au salarié inventeur, soit une somme sans commune mesure avec la rémunération annuelle de l'intéressé. Cette jurisprudence a été critiquée par une partie de la doctrine.

Cf Y. FROMONT, C. GUILLON, Juris. Soc. Lamy, n° 72, 30 janv. 2001 à propos de Cass. Soc., 21 nov. 2000, n° 98-11-900 ; JCP, G, 2001, II, n° 10463, note J. C. GALLOUX

⁴²¹ La position fiscale sur laquelle se calque le régime social, a été affirmée dans une Instruction Administrative du 1^{er} sept. 1980, F. Lefevre 1980, n° 89 et confirmée par la Conseil d'Etat : CE, 11 oct. 1991, JCP, E, 1992, p. 332

partie des droits attachés au brevet protégeant l'invention de son salarié. Le salarié doit en obtenir un juste prix »

Ce type d'invention, autrefois qualifié de « mixte » par la jurisprudence, n'est pas la résultante directe du contrat de travail, au sens strict défini par les inventions de mission, mais il conserve des liens étroits avec la relation de travail ;

- soit parce que l'invention a été réalisée à l'occasion de l'exécution du contrat, mais sans avoir été commandée au salarié, qui assume une autre fonction.
- soit parce que l'invention se rattache aux activités de l'entreprise.
- soit parce que l'inventeur a bénéficié de moyens matériels ou immatériels en provenance de l'entreprise.

En raison du lien de connexité avec l'entreprise, le salarié, qui dispose de la propriété sur son invention doit, si l'employeur le demande, lui attribuer, moyennant finance, la propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits attachés au brevet.

241. Cette « expropriation pour cause d'utilité privée »⁴²² suppose, comme pour toutes les inventions de salariés, une déclaration préalable du salarié à son employeur, lui indiquant l'objet de l'invention, les circonstances de sa réalisation et son classement, selon l'avis du salarié.

Dans les deux mois de la réception, l'employeur peut modifier le classement opéré par le salarié et opérer son propre classement, qui s'imposera à l'inventeur, sauf, pour lui, à le contester devant la CNIS ou le TGI.

Si le classement en « invention hors mission attribuable » est confirmé et si l'employeur souhaite obtenir cette attribution, il devra verser au salarié inventeur un « juste prix », à fixer d'un commun accord ou, à défaut, par la CNIS ou le TGI. Nous sommes sortis de la sphère du contrat de travail, pour entrer dans celle du contrat de cession de brevet ou de licence et l'inventeur percevra un prix cash et (ou) des royalties, lesquels seront traités non plus comme un salaire mais comme des produits de la propriété industrielle⁴²³.

Au plan juridique, la connexité avec la relation de travail n'est cependant pas niable et, si l'inventeur est juridiquement indépendant, il est économiquement dépendant⁴²⁴ ; ceci se

⁴²² Selon la formule de J. AZEMA, lors du colloque organisé à Montpellier, en 1979, « Les inventions d'employés », Litec 1980, p. 137

⁴²³ L'absence de charges sociales, pour l'employeur et un régime fiscal de faveur pour l'inventeur donnent à ce type d'invention un attrait bien supérieur à celui de l'invention de mission.

⁴²⁴ Cette situation apparaît assez voisine de celle du professionnel « parasubordonné », catégorie intermédiaire entre le salarié et l'entrepreneur indépendant, qu'une partie de la doctrine appelle de ses vœux (Ut Infra, deuxième partie)

Voir J. BARTHELEMY, « Le professionnel parasubordonné », JCP, E, 1996, I, 606
« Essai sur la parasubordination », SSL, 8 septembre 2003

traduit, notamment, par le droit d'attribution dont bénéficie l'employeur, ainsi que par la notion de « juste prix », qui devra prendre en considération les apports de l'entreprise dans la mise au point de l'invention et qui sera, à l'évidence, inférieur au prix négociable pour une invention hors mission non attribuable.

- Les inventions hors mission non attribuables

242. Cette catégorie d'invention se définit comme une catégorie résiduelle, regroupant les inventions de salariés qui ne sont pas incluses dans les deux catégories précédentes.

Ces inventions, autrefois appelées « libres » par la jurisprudence, n'appellent pas d'observations très longues puisqu'elles sont, par définition, totalement indépendantes de la relation de travail et appartiennent à la vie privée de l'inventeur. Toutefois, dès lors que l'inventeur exerce une activité salariée, il se doit d'effectuer une déclaration à son employeur, en précisant qu'il classe son invention dans la catégorie des inventions hors mission non attribuables : ce dernier dispose, alors, d'un délai de deux mois pour contester ce classement et, s'il le décide, opérer un classement en invention hors mission attribuables.

Si ce classement est retenu par les juges, l'employeur aura un délai de quatre mois pour exercer son droit d'attribution ; dans le cas contraire, l'inventeur pourra, en toute liberté, décider du devenir de son invention et, s'il le souhaite, la négocier en toute liberté, comme tout inventeur indépendant.

243. Ces développements, consacrés à des modes atypiques de rémunération des cadres, concernent, pour l'essentiel, des chercheurs ou des ingénieurs de haute technicité, susceptibles de donner le jour à des inventions brevetables, mais ils ne doivent pas occulter la situation, également atypique au regard du Droit du travail, d'autres cadres, susceptibles de créer de la richesse immatérielle, notamment dans le secteur des NTIC ou dans celui de la publicité ou de la communication. Ainsi que l'a écrit A. LUCAS, « *on tend, de plus en plus, à faire du droit d'auteur le mode de protection de droit commun de toutes les créations intellectuelles qui ne peuvent être appropriées par d'autres voies* »⁴²⁵. Or, excepté pour les logiciels,⁴²⁶ aucune règle spécifique n'existe pour les créations littéraires ou artistiques et les constructions jurisprudentielles antérieures trouvent à s'appliquer⁴²⁷. A l'occasion, notamment, du paiement

⁴²⁵ A. LUCAS, « Droit d'auteur, information et entreprise », Cah. Dr. Entr., janv. 1988, n° 11, p. 7

⁴²⁶ Article L. 113-9 du Code de la propriété intellectuelle « *Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est le seul habilité à les exercer.* »

⁴²⁷ En l'absence d'un texte spécifique, la création de fonction ne devrait pas donner lieu, sauf mention contraire dans le contrat de travail, à rémunération supplémentaire ; quant à la création hors fonction, elle doit ouvrir droit à une rémunération proportionnelle, non assimilable à un salaire.

En ce sens, V. COTTEREAU, « Création de salariés », Juris classeur Travail, Fascicule 18-50

de droits d'auteurs, proportionnels à l'exploitation faite de la création, l'on constate, de la même façon, l'existence de rémunérations, autres que salariales, au profit des salariés créateurs.

2) La rémunération du droit à l'image

244. Ainsi que nous aurons l'occasion de l'étudier dans des développements de la seconde partie, le législateur est intervenu pour créer des présomptions de salariat au profit de certaines activités (artistes du spectacle, mannequins...) afin de leur procurer la protection du Droit du travail.

Toutefois, la présomption ainsi créée n'est pas irréfragable, et la rémunération, versée au professionnel concerné peut, sous certaines conditions, ne pas recevoir en totalité la qualification de salaire, ainsi que le précise expressément le Code du travail.

Les catégories professionnelles concernées par ce régime dual méritent l'attention ; répertoriées aux articles L. 762 - 1 à L. 763-12 du Code du travail, elles correspondent à deux groupes professionnels : les artistes (a) et les mannequins (b), auxquels il faut ajouter une catégorie atypique, les sportifs professionnels (c).

a- Les artistes du spectacle

245. Cette catégorie, visée à l'article L. 762-1 du Code du travail, inclut notamment, selon le texte, « *l'artiste lyrique, l'artiste dramatique, l'artiste chorégraphique, l'artiste de variétés, le musicien, le chansonnier, le chef d'orchestre, le metteur en scène..* », soit d'une façon générale, les artistes interprètes. La jurisprudence, par référence au caractère énonciatif de la loi, fait entrer dans cette catégorie les cascadeurs, catcheurs, dompteurs et artistes de cirques, et surtout les sportifs de haut niveau, ayant un statut professionnel⁴²⁸, auxquels nous consacrerons cependant quelques développements spécifiques.

Après avoir posé le principe de l'existence d'un contrat de travail, le législateur indique, à l'article L. 762-2, que la rémunération, payée à l'artiste, échappe, partiellement, au droit du travail⁴²⁹. Pour le législateur, la prestation fournie par le professionnel est une activité régie par le droit du travail : le salaire est la contrepartie de l'activité déployée, du temps passé et

⁴²⁸ Cass. Soc., 31 mai 1972, Bull. civ. 1972, V, n° 391 ; Cass. Soc., 7 février 1974, Bull. civ. 1974, V, n° 104

⁴²⁹ Article L. 762-2 du Code du travail : « *n'est pas considérée comme salaire, la rémunération due à l'artiste à l'occasion de la vente ou l'exploitation de l'enregistrement de son interprétation, exécution ou présentation par l'employeur ou tout autre utilisateur dès que dès que la présence physique de l'artiste n'est plus requise pour exploiter ledit enregistrement et que cette rémunération n'est en rien fonction du salaire reçu pour la production de son interprétation, exécution ou présentation, mais au contraire fonction du produit de la vente ou de l'exploitation dudit enregistrement.* »

des qualités professionnelles de l'artiste, qui joue une pièce de théâtre ou tourne un film, ou du chanteur qui donne une représentation ou qui enregistre une œuvre. Toutefois, cette prestation étant réalisée, il arrive, de plus en plus fréquemment, au travers des moyens modernes de reproduction, que l'œuvre, qui en résulte, fasse l'objet d'une exploitation commerciale, laquelle, au plan économique, générera souvent des produits bien supérieurs à ceux liés à la représentation, ou au spectacle, qui a nécessité la présence physique du professionnel. De même, grâce à la notoriété de l'artiste, une utilisation de son image ou de sa prestation peut générer des produits dérivés, ou servir de support à des campagnes de publicité ou de communication, dans des secteurs éloignés de celui où œuvre le professionnel.

L'article L. 762-2 semble englober toutes ces déclinaisons de l'activité du professionnel : qu'elles soient utilisées par l'employeur ou par un tiers, il est de règle, dès lors que la présence physique du prestataire n'est plus requise, que la rémunération qui lui revient n'est pas un salaire.

246. En pratique, les utilisations qui peuvent être faites de la prestation fournie sont très nombreuses et très diversifiées et il n'est pas envisageable, sous peine de sortir des limites de notre étude, de les recenser. Nous ferons néanmoins remarquer que la règle posée par l'article L. 762-2 peut s'appliquer à des situations multiples, voire antinomiques : ainsi, l'utilisation « dérivée » de la prestation fournie, lorsqu'elle profitera à l'employeur, aura de grandes probabilités d'être rattachée à la prestation de travail et de donner lieu à une rémunération salariale, par exemple, lors d'une utilisation de l'image de l'artiste ; en revanche, s'il s'agit d'une exploitation générant des droits d'auteurs ou droits d'artistes interprètes, une partie des produits versés au professionnel est susceptible d'échapper à la qualification de salaire⁴³⁰.

Cette réduction de l'emprise du droit du travail, par le biais de la rémunération du droit à l'image, intéresse une seconde catégorie de salariés, susceptible de percevoir des rémunérations d'activités n'ayant pas le caractère de salaires, il s'agit des mannequins.

b- Les mannequins

247. L'article L. 763-1 du Code du travail, issu de la loi du 12 juillet 1990⁴³¹, fait écho, pour les mannequins, à l'article L. 762-1 du même code, pour les artistes du spectacle⁴³²

⁴³⁰ La loi n° 85. 660 du 3 juillet 1985, dans son article 19, explicite, en ces termes, le champ d'application des règles dérogatoires de l'article L. 762-2.

Article 19 : la signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d'une œuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation-interprète. Ce contrat fixe une rémunération distincte pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre.

⁴³¹ Loi n° 90-603 du 12 juillet 1990

⁴³² L'article L. 762-1 ayant constitué la référence, puisqu'il est issu d'une loi n° 69. 1186 du 26 décembre 1969 ; il s'est donc écoulé plus de vingt années entre la publication des textes.

puisqu'il reprend, selon une formulation quasi identique la présomption qui existait pour les artistes.

De même, l'article L. 763-2 affirme dans des termes calqués sur ceux de l'article L ; 762-2, que *« n'est pas considérée comme salaire la rémunération due au mannequins à l'occasion de la vente ou de l'exploitation de l'enregistrement de sa présentation, par l'employeur ou tout autre utilisateur... »*

Il est important de préciser que la loi de 1990 étend l'acception de mannequin, au-delà du cercle des maisons de couture et de la mode, aux modèles ou figurants de la photographie, y compris ceux recrutés pour des prestations occasionnelles.

Comme pour les professionnels du spectacle, l'utilisation de leur image confère, aux mannequins, une source significative de revenus et, une fois exécutée la prestation, ils sont en droit de réaliser une exploitation séparée de leur image, avec une limite évidente, l'autorisation implicite, conférée au co-contractant « employeur » d'utiliser les supports résultant de la prestation fournie⁴³³.

Néanmoins, malgré les rédactions très voisines des articles du Code du travail, les deux professions d'artistes et de mannequins sont à distinguer : l'artiste « interprète » alors que le mannequin « présente »⁴³⁴.

248. Il en résulte, pour les premiers nommés, outre les droits d'auteurs ou d'artistes interprètes de la loi du 3 juillet 1985⁴³⁵, un droit à la voix⁴³⁶, et un droit au respect de la personnalité⁴³⁷ ; en revanche, le mannequin ne peut revendiquer que le droit à l'image, qu'il peut exploiter, sans contrat de travail, comme le précise l'article L. 763-2 du Code du travail⁴³⁸.

Cette capacité d'exploitation de son image sera, bien évidemment, différente pour un mannequin de grande notoriété et pour un modèle inconnu, ce qui conduira le premier nommé à dissocier, de manière très nette, le contrat de prestation, régi par le droit du travail, et le contrat d'image utilisé à des fins publicitaires.

⁴³³ Sur la question, voir Y. SAINT-JOURS, « Le statut juridique des artistes du spectacle et des mannequins », D. 1970, chron. 17

Cf également C. FILIPON, « La contractualisation des droits de la personnalité »

⁴³⁴ Cass. Crim., 9 mars 1993, Gaz. Pal. 1994-1-126, note E. SEGOND et B. FAU
CE, 23 février 1998, JCP, E, 1998, IV, p. 544

⁴³⁵ Ut supra

⁴³⁶ TGI Paris, 19 mai 1982, M. CALLAS, D. 1983, p. 147, note J. LINDON

⁴³⁷ Cass. Civ., 1^{ère}, 18 mars 1971, JCP, G, 1971, II, 16763, obs. J. LINDON

⁴³⁸ Sur les conditions dans lesquelles peut s'effectuer cette exploitation, voir les articles R 763-1 et suivants, issus du décret n° 92-962 du 9 septembre 1992, JCP E, 1992, III, 65715.

Cependant, si à la lecture des articles L.762-2 et L. 763-2, la distinction entre le contrat de travail et les contrats portant sur l'exploitation des droits d'image semble aisée, sa mise en œuvre peut parfois être source de contestations par les organismes collecteurs des charges sur salaires, ce qui a été souvent le cas pour les sportifs professionnels.

c- Les sportifs professionnels

249. La possibilité d'échapper à la qualification de salaire, et par voie de conséquence au cortège de charges sociales ou fiscales qui l'accompagne, a très vite, intéressé les acteurs du sport professionnel, lequel est devenu, au cours des trois dernières décennies, un vecteur privilégié de communication et de publicité, en même temps que l'on passait du sport-loisir au sport-spectacle et au sport-professionnel⁴³⁹. Désormais, les budgets des clubs, des fédérations et des organisateurs atteignent des sommets vertigineux, les rémunérations des sportifs, et à un degré moindre de l'encadrement, font rêver nos élites, et le phénomène, circonscrit à l'origine à quelques sports, se propage aujourd'hui dans de nombreuses disciplines. Cet afflux d'argent profite, bien évidemment, aux athlètes et aux joueurs, devenus de véritables artistes du spectacle avec des agents, qui n'ont de cesse que d'entretenir la concurrence pour accroître leurs revenus ; dans ce contexte d'enchères incessantes, leurs employeurs, véritables « entreprises de sport » cherchent toute solution susceptible de réduire leur masse salariale.

250. Il n'est donc pas surprenant que les milieux sportifs, et principalement celui du football dans un premier temps, puis celui du basket, et plus récemment du rugby, aient songé à recourir à l'article L. 762-2 plutôt qu'à appliquer l'article L.762-1 du Code du travail. Nous allons examiner ces schémas contractuels, qui s'affranchissaient résolument du Droit du travail, marquant ainsi une spécificité du « cadre salarié, sportif professionnel », que le Code du travail vient récemment de confirmer.

- La pratique contractuelle en marge du Droit du travail

251. Le schéma le plus simple consistait à établir, avec le joueur ou l'athlète, plusieurs contrats, pour distinguer la prestation régie par le contrat de travail des prestations autres. Soit en signant deux contrats avec le club, soit en signant un avenant à son contrat de travail, reprenant des dispositions conventionnelles collectives⁴⁴⁰ l'athlète percevait, pour partie, un salaire et pour partie des honoraires ou des royalties. De cette façon, l'employeur va s'exonérer d'une part significative des charges sociales, au grand dam des organismes

⁴³⁹ Il est éclairant d'entendre que les chaînes de télévision payantes se disputent deux produits d'appel : les matchs de football et les productions cinématographiques récentes.

⁴⁴⁰ Par exemple, l'article 511-b) de la convention collective nationale des métiers du football permet au joueur de concéder, par avenant, l'exploitation de son image ou de son nom, à son club sous réserve que cinq autres joueurs du club soient dans la même situation.

collecteurs, voire quelquefois du fisc, lorsque les sommes relatives au contrat d'image sont versées à l'étranger. Ces pratiques ont très vite attiré les foudres des administrations concernées et, que ce soit en application de l'article 242-1 du Code de la Sécurité Sociale, ou des textes répressifs du Code Général des Impôts⁴⁴¹, le système a rapidement trouvé ses limites ; dès lors que l'origine des sommes versées se trouve dans l'activité salariée effectuée en France, l'assujettissement aux charges sociales et à l'impôt devient inévitable⁴⁴².

252. Sur ce point, l'autonomie du Droit de la Sécurité Sociale, par rapport au Droit du travail, apporte, donc, une marge importante d'incertitude, dans la distinction opérée par l'article L. 762-2 du Code du travail ; il n'est donc pas surprenant qu'une recherche de sécurité dans la qualification des contrats, ait conduit les intéressés à mettre en place des montages plus complexes.

La pratique la plus répandue, pour échapper à la requalification du contrat en contrat de travail, consiste, pour le joueur, à constituer une société écran, qui va signer la convention portant sur l'image ; le sportif, personne physique, signe lui, le contrat de travail. Néanmoins, cette dichotomie atteint ses limites, lorsque la société, appartenant au joueur, seul dirigeant et seul acteur, peut être qualifiée de fictive, ouvrant à nouveau la porte au contrat de travail⁴⁴³

⁴⁴⁴

La société peut aussi, être créée à l'initiative du club, pour signer les contrats d'image avec les joueurs : dans cette hypothèse, la dissociation juridique s'effectue entre le club signataire du contrat de travail, et la société filiale, signataire du contrat d'image.

Dans ce schéma, il est cependant possible de mettre en lumière la communauté d'intérêts entre le club et sa filiale et de rattacher le contrat d'image au contrat de travail, les flux financiers partant de la même source pour parvenir à la même personne, le joueur.

253. Le montage le plus convaincant consiste, à l'évidence, à partir de la société d'image, créée par le joueur, à faire signer le contrat d'image, non plus avec le club ou une de ses

CF F. RIZZO, « Le sportif, son image et son patrimoine », Droit et Patrimoine, septembre 2003, p. 38

⁴⁴¹ Notamment les articles 155 A- 182 B ou 238 A du CGI

⁴⁴² L'assujettissement aux charges salariales n'est pas inéluctable : ainsi, les contrats de parrainage ou de sponsoring, passés avec des personnes, autres que l'employeur, dont les obligations demeurent suffisamment limitées pour ne pas caractériser le lien de subordination révélateur d'un contrat de travail, échappent aux cotisations sociales.

En ce sens, Cass. Soc., 23 juillet 1993, RJS 1993, n° 1020

Au plan fiscal, un auteur s'est récemment élevé contre cette approche, considérant que l'exploitation du droit à l'image résulte d'une licence portant sur un bien immatériel créé par le sportif : F. SUBRA, « L'image des sportifs de haut niveau : pour une nouvelle approche fiscale », JCP, E, n° 12, 24 mars 2005

⁴⁴³⁴⁴⁴ Sur la question, voir D. PORACCHIA, « La réception juridique des montages conçus par les professionnels », PUAM, 1998, préface J. MESTRE

⁴⁴⁴ Voir aussi la décision du TASS de Nantes, 14 juin 1993, Dictionnaire Permanent Droit du Sport : sport de haut niveau et sportif rémunéré, n° 33

émanations, mais directement, avec les bénéficiaires économiques finaux, à savoir les entreprises sponsors.

Ce type de contrat de sponsoring, utilisé par les sportifs individuels⁴⁴⁵, a déjà subi, avec succès, le feu de la jurisprudence⁴⁴⁶ et il est utilisé couramment par les joueurs de très forte notoriété, leur permettant, à côté de leur salaire de joueur, de développer une véritable activité d'entreprise de communication. Dans un secteur où le joueur, ou l'athlète, est souvent « placé sous tutelle », cette possibilité d'acquérir une réelle autonomie et de s'assumer comme entrepreneur indépendant, peut constituer l'apprentissage souhaitable d'une reconversion, à la fin d'une carrière sportive de haut niveau.

Il est, néanmoins, permis de s'interroger sur l'avenir de ces pratiques contractuelles, avec l'apparition d'un statut législatif.

- L'entrée du sportif professionnel dans le Code du travail

254 La Loi LAMOUR, relatif au sport professionnel⁴⁴⁷ a créé trois articles nouveaux au sein du Code du travail, lequel ignorait, jusqu'alors, les sportifs professionnels, dont le statut avait été dégagé par la jurisprudence en les assimilant aux artistes du spectacle⁴⁴⁸. L'article L. 785-1 nouveau officialise, pour partie, le statut atypique du sportif « salarié », en requalifiant une partie de la rémunération reçue de son club, qui cesse d'être un salaire, pour devenir une quote part du produit résultant de l'exploitation d'un droit d'image collective⁴⁴⁹. Cette intervention législative vient à point nommé pour aider financièrement les clubs professionnels français, financièrement désavantagés, par rapport à leurs homologues européens, du fait des charges sociales grevant les salaires des joueurs, mais elle suscite, sans doute, plus de questions qu'elle n'apporte de réponses⁴⁵⁰. A l'évidence, le législateur, en officialisant un statut hybride et en maintenant le rattachement des sportifs au Droit du travail, n'a pas eu conscience des difficultés que la coexistence d'un contrat de travail et d'un contrat d'entreprise pouvait engendrer : l'existence du contrat d'exploitation d'image peut-il justifier, par exemple, l'application des sanctions pécuniaires, pratiquées par les clubs, en infraction au

⁴⁴⁵ Joueurs de tennis, athlètes, patineurs...

⁴⁴⁶ Ut supra

⁴⁴⁷ Loi n° 2004-1366 du 15 décembre 2004

⁴⁴⁸ UT Infra, 2ème partie

⁴⁴⁹ Article L. 785-1 du Code du travail : « *N'est pas considéré comme salaire la part de la rémunération versée à un sportif professionnel ...et qui correspond à la commercialisation par ladite société de l'image collective de l'équipe à laquelle le sportif appartient...*

La part de rémunération définie au premier alinéa est fixée par convention collective dans chaque discipline. Elle ne peut toutefois pas excéder 30 % de la rémunération brute totale versée par la société au sportif professionnel. »

Droit du travail ; lors du départ anticipé d'un joueur, ses indemnités prendront-elles en compte le seul salaire ?

Ainsi que nous venons de le constater, diverses catégories de cadres quasi-indépendants, durant l'exécution de leur contrat de travail, reçoivent, à côté de leurs salaires, des rémunérations non salariales, lesquelles pourront, d'ailleurs, continuer à être versées alors que le contrat de travail aura pris fin, qu'il s'agisse de droits d'auteur, de royalties, voire de droits à l'image.

Parfois, d'ailleurs, les rémunérations atypiques apparaissent à l'occasion de la cessation du contrat.

B- Les rémunérations atypiques à la rupture du contrat

~~255~~ Attirer et retenir des cadres quasi-indépendants, constitue un impératif pour nombre d'entreprises, contraintes de cultiver l'excellence, afin de prendre le pas sur leurs concurrents. Face à ces élites, souvent très recherchées, mais également conscientes de la fragilité de leur situation professionnelle, étroitement dépendante de leurs performances⁴⁵¹, les entreprises se doivent, au-delà des contreparties financières proposées durant la carrière du cadre, lui réserver d'autres avantages, de nature à le rassurer sur son avenir, que ce soit pour la poursuite de sa carrière ou pour le maintien futur de son niveau de vie.

Nous allons ainsi évoquer deux hypothèses de rémunérations atypiques, qui concernent, de manière quasi exclusive, ces cadres, il s'agit des avantages financiers liés au départ, qui se divisent, eux-mêmes en deux catégories, selon qu'ils sont liés à une révocation ou à un départ en retraite, et des indemnités de non concurrence.

1) Les avantages financiers liés au départ du cadre

Ils correspondent à deux grandes hypothèses tenant soit à un départ inopiné en cas de révocation, soit à une situation programmée, en cas de départ à la retraite.

a- Les clauses « parachutes »

~~256~~ Il ne s'agit pas, en l'espèce, des indemnités légales ou conventionnelles dont bénéficient, peu ou prou, tous les salariés de notre pays, mais d'indemnités beaucoup plus

⁴⁵⁰ Cf P. MOYERSOEN, « Le concept d'image collective » et P. DIALLO, « Droit d'image collective et rémunération des joueurs de football », in « Financement du sport professionnel », Droit et Patrimoine, n° 139, juillet/août 2005

substantielles⁴⁵², appelées golden parachutes, ou clauses parachutes, qui compensent, pour les cadres quasi-indépendants, la précarité de leurs fonctions. En effet, même s'il n'est pas titulaire d'un mandat social, qui, la plupart du temps, expose son détenteur à une révocation quasi discrétionnaire, le cadre participe, de plus en plus, au pouvoir de direction⁴⁵³ ; dès lors, lorsqu'une concentration ou une restructuration d'entreprises génère un changement de dirigeant, c'est toute l'équipe en place qui se trouve menacée. De même, nous l'avons constaté, le cadre est tenu d'obligations qui ressemblent, de plus en plus, à des obligations de résultat, il est, donc, de ce fait, particulièrement exposé : la clause parachute est, ainsi, présentée comme la compensation d'un emploi particulièrement flexible. Il arrive, aussi, quelquefois, que le cadre, demandeur de ce type de garantie, prenne argument de son âge et de ses difficultés prévisibles de reclassement, en cas de perte de son poste.

257. D'une façon générale, ces clauses se rencontrent pour des cadres quasi-indépendants ou des hommes clés et les cabinets de recrutement les voient apparaître à partir d'un seuil annuel de salaire de l'ordre de 150 000 Euros. Le montant, plus que significatif, de la rémunération annuelle du dirigeant, bénéficiaire d'une telle clause, contribue, souvent, à en fragiliser l'exécution car il est aisé de soutenir que le montant de la rémunération de base prenait, d'ores et déjà, en compte la précarité du poste et le haut risque de licenciement⁴⁵⁴. Lorsque la clause joue, également, en cas de démission ou de licenciement, même pour faute, il arrive, de plus en plus fréquemment, que les entreprises, refusant le paiement de l'indemnité⁴⁵⁵ demandent et obtiennent, auprès du juge, une réduction de ce qu'ils considèrent comme une clause pénale excessive⁴⁵⁶.

258. Situation paradoxale que celle qui conduit un tribunal, interprétant un contrat de travail, à privilégier l'intérêt de l'employeur, au détriment de celui du salarié, alors que, par vocation, le Droit du travail vise à corriger l'état de faiblesse chronique du salarié face à l'employeur.

Mais sommes-nous dans une logique de relation de travail ? Bien qu'il s'agisse de sommes versées à l'occasion du travail, les organismes sociaux eux-mêmes renoncent, assez

⁴⁵¹ Ut Supra

⁴⁵² Les dirigeants de sociétés du CAC 40 bénéficient, assez couramment, d'indemnités contractuelles de départ pouvant atteindre 20 millions d'euros

⁴⁵³ Ut infra

⁴⁵⁴ C'est la thèse soutenue par Me. C. NEUVILLE, avocat emblématique de l'Association de Défense des actionnaires minoritaires (ADAM).

C'est aussi la position adaptée par J.M. MESSIER dans ses écrits... avant d'être remercié par Vivendi.

⁴⁵⁵ Voir en ce sens, « Les parachutes dorés dans la tourmente », Liaisons sociales, magazine, déc. 2002, p. 50

⁴⁵⁶ Cf Cass. Soc., 2 juillet 1984, Bull. civ. V, n° 279 ; Cass. Soc., 17 mars 1998, Bull. Civ. V, n° 142

largement, à percevoir des cotisations sur ces indemnités, que le Fisc traite, lui aussi, avec une grande faveur⁴⁵⁷.

b- Les retraites « chapeau »

259. Par cette appellation imagée, sont désignés les régimes de retraite à prestations définies⁴⁵⁸, qui s'opposent aux régimes habituels, dits à cotisations définies.

Dans ce système, essentiellement utilisé par quelques entreprises, en vue de fidéliser des cadres à haut potentiel, l'entreprise s'engage, non pas sur un niveau de cotisation à verser, mais sur un niveau prédéterminé de service d'une rente viagère au salarié concerné : il s'agit donc d'une véritable obligation de résultat, qui conserve toutefois un caractère aléatoire. En effet, la condition impérative, mise au service de cette rente, est la présence du salarié bénéficiaire, au sein de l'entreprise, lorsqu'il demandera la liquidation normale de sa retraite.

S'agissant, cependant, d'un régime collectif, il doit permettre à tous les salariés, remplissant, outre la condition de fin de carrière dans l'entreprise, les conditions objectives prédéterminées lors de la mise en place du régime (ancienneté, niveau hiérarchique, niveau de rémunération...), d'en bénéficier.

260. Ce dispositif, longtemps traité avec faveur, au plan fiscal et social (non assujettissement à l'impôt sur le revenu et aux charges sociales, des sommes versées ou capitalisées par l'entreprise⁴⁵⁹) avait, ensuite, au plan social, fait l'objet d'un traitement beaucoup moins favorable⁴⁶⁰.

L'article 115 de la loi de réforme des retraites⁴⁶¹ confirme l'existence juridique de ces régimes « chapeau » et consacre le non-assujettissement à cotisations sociales des primes versées ou des provisions constituées par l'entreprise. Bien qu'une contribution spécifique au taux de 6 % soit prévue par la loi, sur les primes d'assurance versées à ce titre par l'entreprise, le dispositif, un peu tombé en désuétude, risque de redevenir à la mode, pour fidéliser et rassurer, financièrement, les cadres quasi-indépendants.

⁴⁵⁷ L'exonération d'impôt et de charges sociales des indemnités s'applique dans la double limite de deux ans et de 366 300 euros.

⁴⁵⁸ Cf B. SERIZAY et B. PLATEL, « La loi sur les retraites, les enjeux de la loi Fillon », Editions Liaisons, 2004, p. 111 et s.

⁴⁵⁹ C.E., 9 novembre 1990, « Laboratoire Nicholas », arrêt n° 88-765

⁴⁶⁰ Cf, par exemple, Cass. Soc, 28 mai 1996, droit Social, juillet/août, p. 798

⁴⁶¹ Loi n° 2003-775 du 21 août 2003

2) Les indemnités de non-concurrence

261. Depuis trois arrêts de principe, en date du 10 juillet 2002⁴⁶², la Cour de cassation impose une condition supplémentaire de validité, pour les clauses de non concurrence, qui réduisent la liberté du travail d'un salarié, après la rupture de son contrat ; il s'agit de l'existence d'une contrepartie financière. Cette quatrième condition de validité s'ajoute à celles imposées, jusqu'à ce revirement, par les magistrats et qui tiennent en trois affirmations :

- la clause doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise ;
- elle doit être limitée dans le temps et l'espace ;
- elle doit tenir compte des spécificités de l'emploi du salarié.⁴⁶³

Ces limitations jurisprudentielles, justifiées par le souci de prendre en considération l'intérêt de l'entreprise, lorsqu'il est légitime, tout en défendant le droit fondamental de liberté de travailler, conduisent ainsi les juges à opérer un contrôle de proportionnalité, en application de la règle générale posée par l'article L. 120 -2 du Code du travail : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux limites individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché.* »⁴⁶⁴

262. Ce contrôle de proportionnalité aboutit de fait à limiter le champ principal d'application des clauses de non concurrence à la population des cadres, qui, de par ses connaissances techniques, ou en raison de ses relations avec la clientèle, peut menacer, en rejoignant un concurrent, « les intérêts légitimes » de l'entreprise⁴⁶⁵. La nouvelle règle d'indemnisation obligatoire va donc profiter, en priorité, aux cadres, non pas comme une contrepartie d'un travail, mais à l'appui d'une obligation de ne pas faire. Cette indemnité se devra, d'ailleurs, d'être sérieuse et proportionnée aux engagements pris par le cadre, notamment quant à la durée et au territoire.⁴⁶⁶ L'introduction de cette nouvelle donnée

⁴⁶² Cass. Soc., 10 juillet 2002, n° 99-43. 334, JCP, E, 2002, 1511, note D. CORRIGNAN-CARSIN ; Voir également R. VATINET, « Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglio : Cass. Soc., 10 juillet 2002 », Dr. Soc., nov. 2002, p. 949

Y. SERRA, « Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », D. 2002, Juris., p. 2491

⁴⁶³ Cf par exemple, Cass. Soc., 18 juin 2002, TPS 8/9 2002, Dossier du praticien

⁴⁶⁴ Sur le rôle de plus en plus important de ce texte

cf P.Y. VERKINDT, TPS, oct. 2002, p.9, note de Cass. Soc., 10 juillet 2002, M. Salembier c/ SA Mondiale R. VATINET, Dr. Soc., nov. 2002, précité

⁴⁶⁵ Cf, en ce sens, l'arrêt rendu dans l'affaire Godissart au sujet d'un laveur de vitres Cass. Soc., 14 mai 1992, Bull. civ. V, n° 309 ; D. 1992, p. 350, note Y. Serra

Voir aussi Cass. Soc., 14 février 1995, Gaz. Pal. 1995, I, p. 94

⁴⁶⁶ Les conventions collectives de branche fixent la contrepartie mensuelle, due au salarié assujetti à une non-concurrence dans une fourchette allant :

financière, dans le bilan à dresser pour apprécier l'équilibre d'une clause de non concurrence, est de nature, comme l'écrit justement R. VATINET⁴⁶⁷, à rendre complexe le contrôle du juge : en effet, outre l'appréciation des intérêts légitimes de l'entreprise quant à la durée et à l'étendue de la clause (eu égard à la pérennité dans le temps du savoir-faire de l'entreprise ou à la volatilité de la clientèle), les magistrats devront examiner le montant de la contrepartie financière octroyée en fonction de la durée et du champ d'application de la non concurrence⁴⁶⁸.

263. Ainsi que nous l'avons déjà constaté⁴⁶⁹, la jurisprudence, une nouvelle fois, semble sortir de la logique strictement travailliste, pour prendre en compte des aspects financiers susceptibles d'une négociation : le juge censurera-t-il, à l'avenir, une clause qui ne correspondrait pas à la règle de proportionnalité mais qui serait indemnisée « royalement » ?

En imposant que soit monnayée l'interdiction de non concurrence, imposée au cadre, la Cour suprême rapproche, sensiblement, ce type de clause de l'engagement de non-rétablissement que l'on rencontre dans les relations entre professionnels indépendants⁴⁷⁰ et, comme l'écrit R. VATINET, la Chambre Sociale avait-elle vraiment besoin d'opérer ce revirement ? Ainsi que le fait remarquer D. MAZEAUD⁴⁷¹, le contrôle de proportionnalité n'est pas l'apanage du Droit du travail et il s'opère, précisément, sur les clauses de non-rétablissement entre non-salariés⁴⁷².

La clause de non concurrence, ainsi conçue, est séparable du contrat de travail⁴⁷³, elle a un objet propre et, désormais, est causée, au sens juridique, par le versement de la contrepartie financière ; faut-il donc encore assujettir l'indemnité à cotisations sociales et surtout, continuer à appliquer la jurisprudence de la Cour Suprême, qui considère qu'elle ouvre des

-de un tiers à deux tiers du dernier salaire, selon qu'un seul, ou plusieurs, produits ou techniques sont interdits (chimie ou caoutchouc)

-de un tiers, pour la première année (papiers cartons) à 100 %, au-delà de 2 ans (chimie). Ces chiffres sont cités par F. CHAUTARD et L. LEBERRE dans l'étude publiée au JCP, E, 19 déc. 2002, p. 2046 et s.

« Contrat de travail : comment gérer les clauses de non concurrence depuis les arrêts du 10 juillet 2002 »

⁴⁶⁷ R. VATINET, Dr. Soc., 2002, op. cité, p. 953

⁴⁶⁸ Il est même permis de se demander si le juge ne devrait pas mesurer l'efficacité de l'interdiction, dès lors, ainsi que nous l'avons noté (ut infra), qu'à l'heure des NTIC, la notion de localisation d'une activité apparaît de plus en plus floue.

⁴⁶⁹ Cf la jurisprudence précitée, Cass. Com., 21 nov. 2000 sur la fixation de la rémunération supplémentaire pour une invention de mission

⁴⁷⁰ cf O. BARRET, « Les contrats portant sur les fonds de commerce », LGDJ 2001, n° 232

⁴⁷¹ D. MAZEAUD, obs. Defrénois 1999-992- à propos d'un contrat d'orientation entre médecins-cité dans l'article de R. VATINET

⁴⁷² Cass. Com. 4 janvier 1994, Bull. IV, n° 4

« Une clause de non concurrence ne saurait être déclarée licite aux motifs qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace...sans rechercher si cette clause, même avec ces caractéristiques, n'est pas disproportionnée au regard de l'objet du contrat. »

⁴⁷³ En ce sens, Y. SERRA, note sous Cass. Soc., 9 oct. 1985, D. 1986, 420

droits à congés payés ?⁴⁷⁴ Quoi qu'il en soit, il s'agit, désormais, d'un élément financier atypique de la relation de travail, quasiment réservé aux cadres, ce qui vient encore renforcer la spécificité des rémunérations de cette catégorie de salariés, et ce, d'autant plus, qu'en raison de la personnalisation de la clause qu'impose la nouvelle jurisprudence, elle sera, désormais, à négocier dans le contrat individuel plutôt que par des accords collectifs⁴⁷⁵.

A l'issue de ce tour d'horizon sur les techniques de rémunération applicables à l'encadrement, nous constatons que l'environnement concurrentiel, dans lequel fonctionnent les entreprises, rejaillit nécessairement sur les relations de travail, et notamment sur la population des cadres quasi-indépendants, qui sont à la fois garants et moteurs de la rentabilité économique. Désormais, la rémunération doit être incitative, car l'employeur a, de moins en moins, la possibilité d'exercer un véritable contrôle sur le travail du cadre, faute de pouvoir matériel, du fait de la dilution des notions de temps et d'espace de travail, et faute de compétence technique, en raison de l'élévation des seuils d'expertise. Elle se doit aussi d'être adaptée à l'efficience du cadre, dès lors qu'il est primordial pour l'entreprise de fidéliser et de stabiliser les éléments de valeur, ce qui nécessite une politique de personnalisation et de flexibilité des rémunérations, qui peut conduire à sortir des schémas traditionnels du Droit du travail. Certes, le législateur et le juge demeurent réticents devant une telle évolution, car elle leur semble, souvent, faire la part trop belle à l'employeur^{476 477}.

*

* *

⁴⁷⁴ Cass. Soc., 28 nov. 2001, n° 4946, RJS 2/02, n° 175

⁴⁷⁵ Voir en ce sens, G. P. QUETANT, « Contrepartie pécuniaire de la clause de non-concurrence, revirement et rétroactivité, les prud'hommes font de la résistance », JSL, n° 132, 21 oct. 2003, p. 4

« *L'encadrement des clauses de non concurrence post contrat constitue en France un des sujets classiques des conventions collectives qui se caractérisent par une grande variété. Comme toujours en matière conventionnelle comment faire autrement ? Beaucoup stipulent une contrepartie monétaire mais pas toutes.* »

« *Quelle est aujourd'hui la population salariée ? Largement ceux en relation avec la clientèle dont le salaire évolue à proportion des résultats commerciaux. Catégorie digne de protection bien entendue mais propre précisément à négocier véritablement son contrat de travail et donc le montant de sa rémunération, parfois supérieur à celui du patron.* »

⁴⁷⁶ Parmi les barrières, dressées par la loi, pour résister à cette individualisation des rémunérations, nous citerons :

- la loi du 13 novembre 1982 sur la négociation annuelle obligatoire (articles 132-12 et 132-27 du Code du travail)
- la loi du 9 mai 2001 (loi n° 2001-397-JO du 10 mai 2001, p. 1720) relative à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes
- la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, (loi n° 2001-1066, JO du 17 nov. 2001, p. 18311)

⁴⁷⁷ Depuis le célèbre arrêt Ponsolle, Cass. Soc., 29 oct. 1996, Bull. civ. V, n° 359 ; Dr. Soc. 1996, 1013, note A. LYON-CAEN, Petites Affiches, 22 nov. 1996, note PICCA, la chambre Sociale a sanctionné, à de nombreuses reprises, des inégalités de rémunération objectivement infondées.

Voir également, Cass. Soc., 15 déc. 1998, Bull. civ. V, n° 551 ; Cass. Soc., 4 juillet 2000, Dr. Soc., sept-oct. 2000, obs. J. MOULY

Toutefois, avec le recul, force est de constater que la rémunération variable, fonction des résultats, devient un critère de plus en plus couramment accepté par les cadres quasi-indépendants ; cette évolution culturelle, vers une conception entrepreneuriale de la fonction, est accompagnée et renforcée par les systèmes d'accès à l'actionnariat, qui se répandent au sein des entreprises.

SECTION 2 : Les systèmes d'accès à l'actionnariat

264. Dans notre système politique et économique, où les entreprises appartiennent majoritairement aux apporteurs de capitaux, c'est-à-dire aux actionnaires, l'appropriation de la richesse générée par l'entreprise, une fois payé l'ensemble des charges de fonctionnement et financé l'achat des outils de production, intervient, par principe, au profit des seuls bailleurs de fonds.

Les dividendes et les plus values sur les droits sociaux constituent la rémunération de l'apport de capital et la contrepartie du risque couru par l'entrepreneur.

Bien que le travail, fourni par les salariés, contribue, au même titre que le capital apporté, à la création de richesse, il n'ouvre aucun droit aux salariés sur les bénéfices de l'entreprise, dès lors que, dans la logique capitaliste, ce travail a été rémunéré, en amont, par un salaire. Dans cette conception classique d'économie libérale, le travail n'est qu'une denrée, achetée par l'entrepreneur, au même titre que les marchandises, les machines ou les services, nécessaires à la production du chiffre d'affaire ; les salaires versés sont des frais de personnel et les cotisations sociales sont des charges, qui viennent grever le compte de résultat et, d'une certaine façon, amputer les bénéfices revenant aux actionnaires.

Cette analyse, qui explique et sous-tend le fonctionnement de la société capitaliste, fondée sur une divergence radicale entre les intérêts du monde du travail et du monde du capital, a servi de fondement à la théorie marxiste de la lutte des classes.

265. Au fil des décennies, néanmoins, avec le développement du Droit du travail et l'évolution du système capitaliste vers une prise en considération de la dimension sociale de l'entreprise, la conception classique, qui assimile la relation de travail à une simple négociation marchande, de la capacité du salarié à fournir une prestation, en échange d'une rémunération pré définie, s'est peu à peu transformée.⁴⁷⁸

⁴⁷⁸ J. PAILLUSSEAU, « Entreprise, société, actionnaires, salaires, quels rapports ? », Recueil Dalloz, 1999, 15^{ème} cahiers et chroniques

En France, le mouvement a été initié, au plan politique, aux lendemains de la Seconde guerre mondiale, par la volonté du Général de Gaulle de faire participer les salariés aux résultats des entreprises, voire à leur fonctionnement. La démarche, entamée dans les entreprises publiques, a été appliquée au secteur privé, avec l'ordonnance du 7 janvier 1959⁴⁷⁹, instaurant un système facultatif d'intéressement des salariés.

Ce premier texte devait, ensuite, être repris et développé par l'ordonnance du 17 août 1967, puis par celle du 21 octobre 1986. La loi du 7 novembre 1990 a rendu obligatoire la participation des salariés, aux fruits de l'expansion, aux entreprises employant un effectif salarié supérieur à 50 personnes ; puis une loi du 25 juillet 1994, suivie de deux décrets, a codifié l'ensemble des textes au sein du Code du travail⁴⁸⁰.

Depuis lors, le mouvement s'est poursuivi, au fil des réformes, et plusieurs textes récents, la loi sur l'Epargne Salariale du 19 février 2001⁴⁸¹, la loi NRE du 15 mai 2001⁴⁸², et la loi du 21 août 2003⁴⁸³ ont concrétisé, avec encore plus de netteté, la volonté de l'Etat de favoriser l'accès des salariés à l'actionnariat, dans sa dimension financière (droits aux dividendes et aux plus-values) mais aussi stratégique (droits de vote aux assemblées générales et accès aux organes de direction et d'administration).⁴⁸⁴

Cette opportunité, pour le salarié, de recevoir, en sus de son salaire classique, une rémunération complémentaire, sous forme d'actions de l'entreprise, trouve son origine, aujourd'hui, dans plusieurs textes légaux, que l'on peut classer en deux grandes catégories, en distinguant les systèmes individualisés d'accès à l'actionnariat (I), des systèmes collectifs⁴⁸⁵ (II), étant d'ores et déjà observé que notre étude s'intéressera, par priorité, à la population des cadres, principale bénéficiaire de ces différents systèmes.

⁴⁷⁹ Ordonnance n° 59-126 du 7 janvier 1959

⁴⁸⁰ Ordonnance n° 67-693 du 17 août 1967 ; Ordonnance n° 86-1134 du 21 août 1986 ; Loi n° 90-1002 du 7 novembre 1990 ; Loi n° 94-640 du 25 juillet 1994

⁴⁸¹ Loi n° 2001-152 du 19 février 2001

Voir les commentaires sur la loi du 19 févr. 2001, sur l'Epargne salariale, L. IACONO, D. 2001. 1259 ; A. SAURET, JCP, E, 2001. 552 ; F. TAQUET, JCP, E, 2001. 737

⁴⁸² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001

⁴⁸³ Loi n° 2003-775 du 21 août 2003

⁴⁸⁴ Il est symptomatique, sur ce point, de constater que depuis la loi NRE, même dans les sociétés où les salariés n'ont pas d'actions, leurs représentants au C.E. ont désormais accès aux assemblées générales, jusque là réservées aux actionnaires. Il s'agit, pour beaucoup de sociétés, d'une révolution, car, auparavant, les actionnaires pouvaient ne jamais rencontrer, physiquement, les salariés de la société, dont ils étaient, partiellement, propriétaires.

I- Les systèmes individualisés

266. Nous intégrons, sous ce vocable, les systèmes qui permettent de faire bénéficier, de manière isolée, tel ou tel salarié, ou tel ou tel groupe de salariés, de l'accès à l'actionnariat, à l'exclusion du reste du personnel de l'entreprise.

Ces avantages personnalisés sont réservés, en pratique, à des salariés occupant des postes clés dans l'entreprise, et dont il est opportun, à ce titre, d'accroître la motivation et l'attachement à la société employeur : de ce fait, ils bénéficient, de manière quasi-exclusive, aux cadres occupant des fonctions hiérarchiques élevées, en les démarquant, une fois de plus, de la logique salariale classique.

Historiquement, le premier système, les options de souscription et d'achat d'actions, a été créé, en droit français, par la loi du 31 décembre 1970⁴⁸⁶, complété par un décret du 7 juin 1971⁴⁸⁷, sur le modèle américain des stock-options plans, qui connaît, Outre-Atlantique, un engouement qui ne s'est jamais démenti⁴⁸⁸(A).

Beaucoup plus récemment, le législateur a mis en place les bons de souscription de parts de créateurs d'entreprise (BSPCE) et l'attribution d'actions gratuites⁴⁸⁹ (B).

A- Le système le plus ancien : les options de souscription et d'achat

267. Mis en place par les textes précités, en 1970 et 1971, les stock-options n'ont pas, dans un premier temps, dépassé un cercle limité d'initiés, avant d'arriver sur le devant de la scène, à la fin des années 80⁴⁹⁰, à l'occasion d'affaires fortement médiatisées, qui ont illustré certaines utilisations abusives du système.

⁴⁸⁵ Voir en ce sens le manuel de A. CHARBIN, D. JOURDAN, M. MORAND, B. SERIZAY « Epargne salariale et actionnariat salarié », Editions législatives 2001

⁴⁸⁶ Loi n° 70-1322 du 31 décembre 1970,

⁴⁸⁷ Décret n° 71-418 du 7 juin 1971

⁴⁸⁸ Voir en ce sens, V. DAZAT, « L'introduction en droit français des options sur titres au bénéfice des salariés », Banque, 1971, 357

M. POUGET, « La souscription ou l'acquisition de droits sociaux par les salariés », Dix ans de droit de l'entreprise, 1978, p. 543

P. ROUX, « Les plans d'achat et de souscription d'actions réservés aux salariés et les sociétés étrangères », JCP 1993, E, I, 242

⁴⁸⁹ La création des BSPCE est l'œuvre de la loi n° 97-1269 du 30 décembre 1997 ; celle des attributions d'actions gratuites a été intégrée dans la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004.

⁴⁹⁰ L'amélioration fiscale du système, votée en 1987 à l'initiative d'E. BALLADUR, n'est pas étrangère à ce succès

En réaction, deux textes plus récents, la loi du 19 février 2001⁴⁹¹ sur l'Epargne salariale et la loi du 15 mai 2001⁴⁹², dite loi N.R.E., sont venues modifier le régime des stock-options, pour tenter d'en gommer les imperfections, que ce soit en droit des sociétés ou en droit fiscal et social. Après avoir exposé le fonctionnement du système au regard du droit des sociétés (1), nous l'envisagerons au regard du droit du travail (2).

1) Stock-options et droit des sociétés

Codifiées sous les articles L 225-187 à 225-197 du Code commerce, les procédures de création des options, en deux étapes, correspondent à la décision d'octroi par la société (a), puis à la manifestation de volonté du bénéficiaire de concrétiser l'acquisition (b).

a- L'émission des options

268. S'agissant d'options portant sur des actions, le système est limité aux sociétés anonymes, fermées ou cotées en Bourse sociétés en commandite par actions et sociétés par actions simplifiées, à l'exclusion de toutes les autres formes de sociétés, et notamment des SARL.

L'octroi d'options ne peut s'effectuer qu'au profit de salariés ou de mandataires sociaux dirigeants⁴⁹³, qui ne doivent pas détenir, lors de l'octroi, plus de 10 % du capital⁴⁹⁴. Au sein des groupes, le cercle des bénéficiaires est élargi aux salariés des sociétés apparentées.

Ces réserves faites, l'octroi d'options s'effectue, de manière discrétionnaire, au profit de bénéficiaires définis de manière individuelle ou catégorielle.

L'organe compétent pour initier la procédure est l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires qui se borne, néanmoins, à conférer une autorisation de principe, pour une durée limitée⁴⁹⁵, en traçant un cadre, pour définir la nature des options (souscription et, ou, achat), les modalités d'octroi, (catégories de bénéficiaires, délais, dates d'ouverture) et surtout les conditions financières de fixation du prix des options, dans les limites du cadre légal. Pour les sociétés cotées, le prix d'émission des actions peut être réduit à 80 % de la moyenne des vingt derniers cours de Bourse pour les souscriptions, et, pour les achats, à 80 % des cours moyens de rachat d'actions, par la société.

⁴⁹¹ Loi n° 2001-152 du 19 février 2001 ; Voir les commentaires d'A. SAURET, JCP E 2001- p.551

⁴⁹² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001

⁴⁹³ Président directeur général, directeur général délégué, membres du directoire, gérant.

⁴⁹⁴ Seuil porté à 33,3 % au profit des mandataires ou salariés participant, avec d'autres salariés à la création d'une société ou à sa reprise par voie de rachat d'un bloc majoritaire, sous réserve que l'octroi d'options intervienne moins de deux années après l'immatriculation ou le rachat

⁴⁹⁵ Depuis la Loi NRE, la durée de cette autorisation est de 38 mois (au lieu de 5 années précédemment)

Pour les sociétés fermées, aucune décote n'est expressément prévue mais les termes génériques d'évaluation retenues par les articles L. 225-177 et 225-179 du Code de commerce laissent une marge de manœuvre pour la détermination du prix des options.

Néanmoins, même encadrée par les textes et la décision des actionnaires, la mise en place effective des options reste de la compétence du Conseil d'Administration ou du Directoire, seul maître de la décision de l'octroi des options et des modalités détaillées de son application.

269. Les droits des actionnaires ont, néanmoins, été renforcés par la loi NRE du 15 mai 2001, laquelle, dans un souci général de transparence dans le fonctionnement des sociétés anonymes françaises, impose, désormais, au Conseil d'Administration ou au Directoire, de présenter, chaque année, à l'Assemblée Générale, un rapport spécial détaillé sur les options accordées aux mandataires sociaux et aux dix salariés bénéficiant du plus grand nombre d'actions, ainsi que sur les options levées au cours de la période.

b- La levée des options

270. Dès lors que le bénéficiaire de l'option, s'est vu notifier les conditions et les modalités de l'offre, elle devient définitive et irrévocable, même si celui-ci n'a pas manifesté expressément son acceptation⁴⁹⁶. Cette offre prend le plus souvent la forme d'un règlement du plan d'options et détermine les conditions dans lesquelles l'option pourra être levée ; à titre d'exemple, le droit de lever l'option pourra être différé dans le temps, ou conditionné par l'obtention de certains objectifs (signature d'un marché, réalisation d'un certain montant du chiffre d'affaires ou de résultats) ou encore, lié à la possession de la qualité de salarié au jour de la levée de l'option, car la loi ne fait une obligation de la qualité de salarié, qu'au jour d'émission de l'option⁴⁹⁷.

De même, pour des raisons de moralisation et une recherche de fidélisation des salariés, renforcées par le régime fiscal et social en vigueur⁴⁹⁸, l'offre impose fréquemment « un délai de portage » des actions acquises, ainsi frappées d'inaliénabilité pendant une certaine durée. En conséquence, si le salarié décide de lever l'option, il devra respecter les conditions inhérentes à la promesse unilatérale, à défaut, la levée n'aurait aucune valeur juridique. A l'opposé, dès lors que le salarié a valablement levé l'option, la société a une obligation de délivrance des actions souscrites ou achetées.

⁴⁹⁶ Acceptation tacite justifiée par le fait que l'offre est faite dans l'intérêt du destinataire

⁴⁹⁷ Nous verrons, dans nos développements ultérieurs, que cette clause suscite, souvent, des difficultés

⁴⁹⁸ Ut infra

Néanmoins, le nombre de litiges à ce stade est assez peu important, hormis l'hypothèse où le salarié a été licencié avant la levée d'option et en principe, la levée d'option permet très rapidement au bénéficiaire d'acquérir la qualité d'actionnaire.

Le souscripteur ou l'acquéreur dispose, dès l'origine, des prérogatives d'un actionnaire ordinaire, sauf à respecter les clauses de portage (inaliénabilité temporaire) du plan ou à bénéficier d'un pacte de sortie, destiné à lui assurer la liquidité de ses titres⁴⁹⁹, cependant, sa qualité première de salarié doit nous conduire à quelques investigations supplémentaires, au regard du droit du travail.

2) Stock-options et du droit du travail

271. Contrairement aux dispositions permettant un accès collectif à l'actionnariat des salariés⁵⁰⁰, aucun texte relatif aux options de souscription ou d'achat ne figure dans le Code du travail⁵⁰¹ et il n'existe aucun « traitement global et cohérent » de leur régime juridique⁵⁰². Ce silence est d'autant plus surprenant que le législateur, dans la loi du 19 février 2001 a souhaité opérer une synthèse des différents systèmes d'épargne salariale et qu'il a consacré une partie significative de la loi du 15 mai 2001 (loi NRE) à l'accès des salariés, au sein des Conseils d'Administration et Assemblées Générales, bastions traditionnels des actionnaires.

L'explication principale tient, sans aucun doute⁵⁰³, à l'utilisation pratique des stock-options, lesquels profitent pour l'essentiel, à une population restreinte de cadres quasi-indépendants, voire de mandataires sociaux⁵⁰⁴, ce qui démontre que le législateur a des difficultés à ranger cette population de cadres dans les salariés...

Il n'en demeure pas moins, que le régime des stock-options, moyen privilégié d'accès à l'actionnariat des salariés, ne peut s'affranchir totalement du droit du travail (a), même si l'autonomie du système demeure marquée, par rapport au contrat de travail (b).

a- Les connexions avec le droit du travail

272. Bien qu'il s'agisse de dispositions éparses, il est possible de recenser plusieurs textes qui rattachent le système à la relation de travail. En effet, lors de la mise en place législative du système, les rédacteurs du projet l'ont clairement identifié « *comme un mode*

⁴⁹⁹ Ut infra

⁵⁰⁰ Ut supra

⁵⁰¹ G. BELIER, A. CORMIER, « Stock-option et droit du travail », Droit Social, septembre-octobre 2000 p. 838

⁵⁰² R. VATINET, « Quelques incertitudes du régime juridique des stock-options », Droit Social, juillet-août 2002, p. 690

« Le droit obscur des stock-options à la française », Revue des Sociétés, 1997, p. 31

⁵⁰³ G. BELIER, article précité

nouveau de rémunération à long terme des personnels des entreprises »⁵⁰⁵ et « *comme un moyen de les faire participer à la propriété et de les intéresser à la gestion* ». Le texte, lui-même, réserve ce mécanisme aux seuls mandataires sociaux, percevant une rémunération de la société⁵⁰⁶ et aux salariés de la société ou du groupe : l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie conditionne l'accès au système⁵⁰⁷.

La loi NRE, qui impose, pour les sociétés cotées, une information spécifique en direction des actionnaires et des tiers, sur les rémunérations de toute nature versées aux mandataires sociaux, ainsi qu'aux salariés cumulant contrat de travail et mandat social, a complété cette information par un rapport spécial, relatif aux options de souscription et d'achat, octroyées ou livrées, au profit des dirigeants sociaux mais aussi aux dix salariés en ayant bénéficié à titre principal⁵⁰⁸.

En outre, le traitement social et fiscal des options conduit, dans certaines hypothèses, à les assimiler purement et simplement, à des traitements et salaires.

273. Ainsi, le prix d'émission de l'option peut, dès l'origine de la procédure, constituer un avantage pour le bénéficiaire, puisqu'il est accepté une décote de 20%, par rapport au cours du marché.

Lorsque la décote excédera 5 % de la valeur de l'action, le bénéficiaire sera assujetti, aux cotisations de sécurité sociale, sur le montant de cette décote excédant ce seuil⁵⁰⁹, et ce, en application de l'article L. 242-1 al. 2 du Code de la Sécurité Sociale. De la même façon, lorsque le bénéficiaire rétrocède ses titres avant le terme d'un délai de quatre années, suivant l'octroi de l'option, il est assujetti à cotisations sur l'excédent de valeur entre le prix des actions, lors de la levée d'option, et le prix effectivement acquitté, par lui, pour acheter ou souscrire les dites actions⁵¹⁰.

La jurisprudence, de son côté, considère que le système est constitutif d'une rémunération, s'agissant d'un avantage versé en contrepartie directe de la prestation de

⁵⁰⁴ Ut infra

⁵⁰⁵ J. O. débat, A. N. du 11 décembre 1970, p. 6416

⁵⁰⁶ Il s'agit, en l'espèce, d'une population qui n'est pas, sauf cumul du mandat social avec un contrat de travail, en situation juridique de subordination, mais dont le traitement fiscal et social de la rémunération est identique à celui des cadres salariés.

⁵⁰⁷ Art. L. 225- 177 et suivants du Code de commerce

⁵⁰⁸ Art. L. 225-184 du Code de commerce

⁵⁰⁹ En raison de la difficulté à cerner, avec précision, la valeur de l'action d'une société fermée, il est possible de s'interroger sur l'applicabilité de ce texte, lorsque aucune cession récente de titres, susceptible de servir de référence, n'est intervenue à la date d'émission de l'option.

⁵¹⁰ Il peut, cependant, échapper à ces cotisations, à une triple condition :

-l'option doit avoir été octroyée antérieurement à 1997

-elle doit avoir été attribuée par une société ayant moins de 15 ans d'existence à la date d'émission des options

-la levée d'option a été postérieure au 31 mars 1998

travail ; dès lors, les litiges sur stock-options, surgissant entre la société et le salarié, seront de la compétence des juridictions prud'homales puis des sections sociales des Cours d'Appel et de la Cour de cassation.⁵¹¹

Néanmoins, si le rattachement des options au statut de salarié n'est pas contestable, le système se démarque, nettement, du contrat de travail et de son environnement juridique.

b- L'autonomie du système au sein de l'environnement juridique de la relation de travail

274. Considéré par le législateur lui-même comme « un mode nouveau de rémunération », le dispositif devrait s'intégrer dans les dispositions du Code du travail régissant la matière ; or, la démarche ne semble pas, à ce jour, recueillir l'adhésion du législateur, de la doctrine, ou de la jurisprudence. De plus, le système, doté d'une image élitiste, ne concerne qu'une minorité de salariés, cadres de direction pour la plupart.

- Un système à l'écart de la politique salariale de l'entreprise

275. La loi sur l'Épargne salariale, dans son article 22, impose, comme nouveau thème de négociation salariale, les dispositifs d'épargne salariale (participation-intéressement), tant au niveau des branches d'activité, pour l'extension des Conventions Collectives Nationales de branche (article L.133-5 du Code du travail), qu'au niveau des entreprises lors de la négociation annuelle obligatoire.⁵¹²

L'absence de toute référence aux options de souscription et d'achat révèle la mise à l'écart de ce système de la politique sociale de l'entreprise. Ce constat est corroboré par d'autres exemples significatifs. Ainsi, depuis la consécration, par la jurisprudence⁵¹³, puis par la loi⁵¹⁴, du principe d'égalité et de non discrimination salariale, la marge de liberté de l'employeur, quant à son pouvoir de direction, s'est sensiblement réduite, lorsqu'il s'agit de déterminer les augmentations de rémunération autres que légales ou conventionnelles. Or, la décision d'octroyer, ou non, des options, à tel ou tel salarié, peut intervenir de manière discrétionnaire, le contrôle a priori, et a posteriori, des actionnaires, ne pouvant constituer une vraie garantie, en raison de leur méconnaissance de la politique salariale. « *Ce sont des pans entiers de la politique salariale qui échappent aux règles du droit du travail.*⁵¹⁵ ».

⁵¹¹ C. A. Paris, 6 novembre 1997, Bull. Joly, p. 112

C.A. Paris, 12 juin 1998, Bull. Joly, p. 1263

⁵¹² L'article L. 132-27 du Code du travail inclut donc, désormais, dans son champ d'application, la négociation sur les salaires, la durée et l'organisation du temps de travail, la prévoyance-maladie, et les dispositifs d'épargne salariale.

⁵¹³ Cass. Soc., 29 octobre 1996, Dr. Soc. Novembre 1996, note A. LYON-CAEN, « De l'égalité de traitement en matière salariale »

Cass. Soc., 18 janvier 2000, Dr. Soc., Janvier 2000

Cass. Soc., 28 mars 2000, RJS mai, 2000

⁵¹⁴ Loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001

⁵¹⁵ Ainsi que le souligne R. VATINET, op. cité

De même, on peut remarquer que la qualité de salarié, du bénéficiaire d'options, prend toute son importance, lorsque le plan d'option prévoit que la levée ne pourra intervenir, que si l'intéressé est encore salarié lors de cette levée. Un licenciement initié avant la levée d'options, conduit, donc, à priver, unilatéralement, l'ancien salarié, de son droit de devenir actionnaire et peut ainsi lui retirer un profit substantiel, qui pourrait s'analyser en un complément de rémunération. Faut-il voir, dans cette privation d'un gain potentiel, la remise en cause d'un droit individuel acquis, voire l'application d'une sanction pécuniaire, susceptibles d'encourir les foudres du droit du travail ?

La réponse de la doctrine⁵¹⁶, comme de la jurisprudence⁵¹⁷, est négative, en raison du caractère atypique et aléatoire du gain. Certes, une jurisprudence récente, exprimée dans l'arrêt « Go Sport » rendu par la chambre Sociale de la Cour de cassation⁵¹⁸, a pu faire naître le doute, aux motifs : *« Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait des constatations du Conseil de prud'hommes, que les conditions d'exercice des options étaient précisées au paragraphe IV d'un document en date du 21 décembre 1993, sans rechercher si ces clauses étaient opposables au salarié et si elles pouvaient recevoir application en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la Cour d'appel n'a pu donné de base légale à sa décision »*. Il semble toutefois qu'une remise en cause de la perte d'option, si elle devait être contestée, se fonderait, non pas sur le Droit du travail et sur la notion sus-évoquée, mais bien sur une analyse purement civiliste des engagements contractés dans la promesse de vente (le plan) par la société. La référence, faite par la doctrine et par la Cour, à la seule convention de plan, démontre à l'évidence que le débat se place, non sur le terrain du Droit du travail, mais sur celui du strict Droit des obligations, avec, en filigrane, soit la nullité d'une condition purement potestative, soit le défaut d'exécution, de bonne foi, d'un engagement contractuel.⁵¹⁹

⁵¹⁶ G. BELIER et A. CORMIER, note précitée

S. GRANDVUILLEMIN, « Stock-options et licenciement », JCP, E, 11 avril 2002, p. 652

⁵¹⁷ C. A. Paris, 6 nov. 1997, Bull. Joly 1998, p. 112

C. A. Paris, 12 juin 1998, Bull. Joly, 1998, p. 1263

Cass. Soc., 9 mai 2001, RJS, n° 8/9- 2001

Cass. Soc., 15 janvier 2002, note R. VATINET, Droit Social février 2002, p. 690

⁵¹⁸ Cass. Soc., 15 janvier 2002, Soc. Go Sport, Bull. Civ., V, n° 12, obs. A. VIANDIER et J. J. CAUSSIN

⁵¹⁹ En ce sens, A. E. COMBES, « Vers une contractualisation des systèmes de stock-options », Jurisprudence Sociale Lamy, n° 111, 12 novembre 2002

La question de la contractualisation des options s'est posée ; le fait d'inscrire en toutes lettres dans un contrat de travail le bénéfice pour le salarié d'options émises par son employeur ou par une société du même groupe que celui auquel appartient ledit employeur a-t-il pour effet de conférer une nature contractuelle aux options ?

Certes, il convient de rappeler que toutes les mentions portées dans un contrat de travail n'ont pas pour effet de créer des obligations juridiques à la charge de l'employeur ; on distingue alors les mentions informatives et obligations respectives de chacune des deux parties. Toutefois, si le simple fait de porter une mention au contrat de travail n'est pas créateur d'obligations, il n'en demeure pas moins qu'une telle mention est génératrice d'ambiguïtés. Ainsi, souvent, le contrat va insister sur le caractère discrétionnaire de l'octroi des actions.

Cette originalité du mécanisme des stock-options se trouve encore renforcée lorsque l'on examine quels en sont les bénéficiaires.

- Un système réservé à une minorité privilégiée

276. Au début de la décennie, les stock-options ont soulevé de vives passions et suscité de nombreux articles, tant dans les revues juridiques que dans les médias, mais ce succès a tenu davantage à l'importance des gains réalisés, ou à la personnalité de leurs bénéficiaires, qu'au nombre des salariés concernés par le système⁵²⁰. De même, la réforme fiscale, intervenue en 2001, sous l'impulsion du gouvernement socialiste de l'époque, a fait l'objet de débats idéologiques, au Parlement, largement relayés par la presse⁵²¹ car les incidences du régime fiscal, applicable aux options, sont primordiales et influent, directement, sur les modalités de leur mise en œuvre, au même titre, d'ailleurs, que les caractéristiques des sociétés émettrices, le système pouvant s'appliquer aux sociétés du CAC 40 ou aux PME familiales.

- Les incidences de la fiscalité

277. Le système fiscal français d'imposition à l'impôt sur le revenu est, globalement, beaucoup plus favorable aux produits du capital qu'aux fruits du travail : les plus-values résultant de la vente d'actions sont taxés à un taux forfaitaire faible de 16 %, alors que les fruits du travail, imposés dans les secteurs correspondant à des activités non salariées (BIC, BNC, BA) ou à des activités salariées (traitements et salaires), sont assujettis à l'impôt sur le revenu, à un taux progressif, qui peut avoisiner 50 % pour les plus hauts revenus. Dans un tel contexte, les cadres quasi-indépendants, qui constituent, dans la population salariée, l'échantillon le plus lourdement imposé à l'impôt sur le revenu, sont donc particulièrement attirés par des perspectives de plus-values rapides, soumises à un impôt forfaitaire, réduisant de plus de moitié, la pression fiscale qu'ils subissent. De leur côté, les sociétés confrontées au poids des charges sociales sur salaires, soucieuses de réduire leurs frais de personnel, sont intéressées par un mécanisme susceptible d'accroître très sensiblement les rémunérations de leurs cadres, sans grever leurs résultats.

Les stock-options sont donc devenues des techniques servant à procurer, sur le court terme et au moyen de plus-values sur titres, un complément de rémunération aux bénéficiaires d'options. Dans cette approche, levée d'option et acquisition d'actions précèdent de très peu la revente, le bénéficiaire n'immobilisant que, sur une période très courte, les capitaux qu'il a

⁵²⁰ Voir le « feuilleton » publié par Le Monde et notamment les numéros des 6, 7, 10, 15 juillet 1999, 20, 21 et 22 octobre 1999

⁵²¹ « Une année de polémique à la française », l'Expansion du 14 septembre 2000, n° 628

investi en actions. L'opération s'analyse en un aller-retour rémunérateur et sans risque, la levée d'option ne s'effectuant que si le cours de Bourse excède le prix des titres à acheter ou à souscrire. Confrontée à cette pratique, le législateur, au fil des années, a été conduit à alourdir la taxation de ce type d'opération, par rapport à la fiscalité classique des plus-values sur titres.

Pour la société qui émet les options, l'article 217 quinquies du CGI permet la déduction, de ses résultats imposables à l'impôt sur les sociétés, des charges qu'elle a supportées du fait de la levée d'options ainsi que des éventuelles moins-values qu'elle a subies et le bref délai de revente des titres, objets de l'option, ne la pénalise pas au plan fiscal⁵²². En revanche, la fiscalité personnelle sur les options est désormais dissuasive pour les opérations ouvertement spéculatives. En effet, lorsque la société consent « un rabais », en émettant des options en dessous de la valeur de l'action⁵²³, l'avantage procuré au bénéficiaire est taxable, lors de la rétrocession des actions, comme un salaire.

Ce n'est que lorsque le bénéficiaire conserve ses actions au nominatif pendant un délai de quatre ans, à compter de l'émission de l'action, que l'avantage résultant de la décote (n'excédant pas 5 %) sera taxé au taux de 30 % (plus CSG et CRDS) jusqu'à 152 500 euros et au taux de 40 % (plus CSG et CRDS) pour la part excédant 152 500 euros.

Si le bénéficiaire conserve ses titres pendant 2 années supplémentaires, à compter de la fin de la période d'indisponibilité de 4 ans, les taux précédents de 30 % et 40 % sont ramenés à 16 % et 30 % (plus CSG et CRDS).

La plus-value de cession (différente entre le prix d'achat et de souscription et le prix de revente) reste, en toute hypothèse, taxable à 16 % (plus CSG et CRDS).

En raison de la pénalisation (sociale) de l'entreprise, et fiscale du bénéficiaire, les plans d'option incluent, aujourd'hui, de manière systématique, un différé pour la levée de l'option et une clause d'inaliénabilité pour la revente des titres, après la levée d'option⁵²⁴.

- Les caractéristiques de la société émettrice

278 Le système des options, bien qu'ouvert à toutes les sociétés par actions, est plus aisément utilisable par les sociétés, faisant appel public à l'épargne, en raison de la liquidité du titre liée à l'existence du marché financier. Néanmoins, les sociétés fermées peuvent également mettre en œuvre un actionnariat salarié personnalisé, que ce soit avec les options

⁵²² Il faut, toutefois, rappeler qu'elle devra, dans cette hypothèse, acquitter des charges sociales et qu'elle se trouve, donc, pénalisée à ce titre.

⁵²³ Ut infra

⁵²⁴ L'article 225-177 al. 2 du Code de commerce limite à 3 ans le délai de conservation des titres, qui peut être imposé, au bénéficiaire, à compter de la levée d'option. En outre, l'article 91 ter, annexe II du CGI, supprime le délai d'indisponibilité de 4 ans en cas de licenciement, retraite, invalidité ou décès du bénéficiaire.

ou avec les bons de souscription, cette dernière catégorie leur étant plus particulièrement destinée.

-L'actionnariat personnalisé dans les sociétés faisant appel public à l'épargne

279. Malgré une volonté convergente des milieux politiques pour une démocratisation des stock-options et l'octroi généralisé aux salariés,⁵²⁵ l'accès à l'actionnariat, par l'octroi d'options, demeure essentiellement l'apanage des cadres supérieurs⁵²⁶, au sein des grands groupes. Lorsque l'on sait que la quasi-totalité des sociétés du CAC 40⁵²⁷ utilise les plans d'options, il est permis de relativiser l'ampleur, en nombre, de cette technique d'actionnariat, même si les plus-values, réalisées par certains cadres, ont atteint des montants représentant plusieurs années de salaire⁵²⁸. Cependant, durant les périodes de chute de la Bourse, il faut réviser à la baisse, les plus-values virtuelles sur les portefeuilles d'options, et l'enthousiasme des équipes dirigeantes s'en trouve réfréné⁵²⁹. Les syndicats de salariés, quant à eux, demeurent traditionnellement hostiles à cette rémunération « au mérite », mais le système des options continue à constituer une forme privilégiée, dans les grandes entreprises, de rémunération et de mobilisation des cadres quasi-indépendants, avec une mise en œuvre plus raisonnée.

280. Les plans d'options, qui permettaient, à certains cadres quasi-indépendants, d'engranger, sans coup férir et sur une période très courte, des profits quelquefois démesurés, et le tout dans une quasi-clandestinité, ont vécu. Désormais, la pratique, et la loi ont fait disparaître les abus les plus criants.

Pour les raisons d'ordre fiscal et social déjà évoquées, et pour éviter des pratiques hasardeuses et spéculatives, les plans d'options imposent, désormais, des modalités pour les levées d'option et des délais de conservation des titres, mettant fin aux errements antérieurs. Ces dispositions, qui laissent s'exercer la liberté conventionnelle, sont encadrées par la théorie

⁵²⁵ F. HOLANDE, « Pour une extension des stock-options à l'ensemble du personnel », Le Monde, 7 octobre 1999

P. DOUSTE-BLAZY, « Le partage du capital est une nécessité », Valeurs Actuelles, 25 septembre 1999

⁵²⁶ Dans un dossier consacré aux plans d'option, un magazine économique constatait, pour l'année 2000, « qu'en dehors de quelques opérations spectaculaires, comme les 10 options que le groupe Vivendi a offertes à 250 302 salariés, ou le plan Alcatel auquel 58500 salariés ont souscrit, la tendance à la démocratisation n'est pas flagrante » et que seulement 1,04 % de l'effectif global des sociétés du CAC 40 bénéficie de stock-options..

⁵²⁷ Voir en ce sens, Les Echos 10 mai 2004 : plus des deux tiers des sociétés du CAC 40 ont octroyé des options de souscription ou d'achat d'actions durant l'année 2003 et certaines les ont assorties de conditions de performance. Dès lors, même critiquées depuis quelques années, les stock-options restent attractifs ; précisément 28 sociétés ont octroyés des options de souscription ou d'achat d'actions à leurs principaux dirigeants.

⁵²⁸ L'Expansion août 2003, n° 677, p. 60 : dans son enquête sur les stock-options, publiée en juillet 2003, l'Expansion constate qu'en 2002, malgré la crise boursière, « la machine à stock-options a tourné, même avec la crise boursière » et que les cadres dirigeants des sociétés du CAC 40 ont emporté en moyenne 2 millions d'euros, soit sensiblement autant que leurs salaires de l'année 2002.

⁵²⁹ « L'heure des comptes et le temps des questions », Magazine Enjeux de janvier 2002

générale des obligations mais aussi, quelquefois, par le droit boursier et le droit des sociétés⁵³⁰.

Les butoirs ainsi mis en place, contraignant les porteurs d'actions à immobiliser, sur une certaine durée, les capitaux investis en actions, avantagent, objectivement, les salariés à hauts revenus, en confirmant l'analyse déjà formulée, à savoir que les stock-options sont, pour l'essentiel, destinés aux cadres quasi-indépendants, afin de récompenser financièrement leurs mérites.

281. Cependant, afin d'estomper l'effet « jack-pot », les plans sont de plus en plus conditionnés, quant à l'exercice des options, par les performances de l'entreprise, sous le contrôle d'un comité des rémunérations⁵³¹ et l'appréciation de la performance s'effectue, quelquefois, en fonction de facteurs qualitatifs (qualité du produit, satisfaction du client...). Ainsi conçu, le mécanisme des stock-options rejoint les fondements qui régissent les rémunérations variables⁵³².

-L'actionnariat personnalisé dans les sociétés fermées

282. Le système des stock-options a été instauré, à l'évidence, pour les sociétés cotées, l'existence d'un marché pour les titres en facilitant grandement le fonctionnement. Néanmoins, ouverts aux sociétés par actions non cotées, les plans d'option y sont quelques fois utilisés, avec la nécessité d'organiser une certaine liquidité du titre.

Pour le bon fonctionnement du système, il ne suffit pas, en effet, que le bénéficiaire de l'option puisse devenir actionnaire, car devenu porteur de titres minoritaires, il risque de se heurter à une impossibilité matérielle de réaliser ses actions, faute d'acquéreur, ou, à tout le moins, de les céder avec un prix fortement décoté. Afin d'éviter une telle situation, les plans d'option, dans les sociétés fermées, s'accompagnent d'un dispositif visant à rendre les titres liquides. Suivant la typologie de l'opération, ce dispositif pourra prendre la forme d'un rachat par l'intermédiaire d'un P.E.E.⁵³³, les modalités financières étant alors définies dans le règlement du P.E.E. ou se concrétiser par un pacte d'actionnaire. Quoiqu'il en soit, même si aucune obligation légale n'impose cette recherche d'une liquidité des titres, il semblerait que la jurisprudence y voit le prolongement nécessaire des dispositions conventionnelles constituées par le plan puis la levée d'option. La Cour d'Appel de Paris s'est engagée dans

A contrario, voir l'enquête précitée de l'Expansion, publiée en août 2003.

⁵³⁰ Voir par exemple, les Art. L. 225 -177 et 225-179 du Code de commerce

⁵³¹ J. TRENTESAUX et M. P. VIRARD, « Rémunérations ; le grand retour du mérite », Enjeux, janvier 2002

⁵³² Ut supra ; dans l'enquête précitée, l'Expansion fait état des nouvelles pratiques apparues aux Etats-Unis où « les patrons américains reçoivent gratuitement des actions, à condition de rester dans leur entreprise plusieurs années. »

⁵³³ Ut infra

cette voie⁵³⁴ en termes particulièrement clairs : « *en décidant d'adopter un plan d'options de souscription d'actions et d'en faire bénéficier certains de ses collaborateurs en vue de les motiver et les retenir en les associant à la réussite de l'entreprise, la société s'engageait à exécuter ce plan de bonne foi et contractait ainsi l'obligation envers les bénéficiaires de faire en sorte que l'avantage qui leur était conféré ne soit pas illusoire, faute pour eux de pouvoir céder les titres acquis* ». Cette position, qui s'appuie sur les articles 1134 et suivants du Code civil, n'a pas, à notre connaissance, été confirmée par d'autres juridictions, mais au-delà de l'analyse strictement juridique, le bon sens veut que l'employeur organise, en toute hypothèse, le rachat des titres issus des options. En effet, si le cadre lui donne satisfaction, il serait maladroit de le conduire à « un marché de dupes » ; dans le cas contraire, si le cadre quitte l'entreprise, de manière conflictuelle, son maintien dans le capital s'avérera inopportun.

Néanmoins, en dépit des améliorations apportées par la pratique, le dispositif des stock-options n'a jamais connu le succès attendu, aussi le législateur a-t-il créé, plus récemment, de nouveaux systèmes.

B- Les systèmes récents

Deux systèmes parallèles ont été instaurés dernièrement : ce sont les BSPCE (1) et les actions gratuites (2).

1) Les BSPCE

283. Créés par la loi du 30 décembre 1997 à titre temporaire, les BSPCE ont été pérennisés par la loi du 15 mai 2001 (loi NRE) qui en a modifié un régime juridique, sujet à controverse.⁵³⁵ Le régime juridique n'est pas très éloigné de celui des stock-options, même si les BSPCE sont plutôt destinés aux « jeunes » sociétés non cotées ; en revanche, les BSPCE bénéficient d'un traitement fiscal (et social) beaucoup plus attractif, qui a pu les faire qualifier de « super stock-options »⁵³⁶. Emis par certaines sociétés par actions, ces bons sont très comparables aux options puisqu'ils peuvent bénéficier, aux dirigeants sociaux ainsi qu'aux salariés. Ils nécessitent une autorisation préalable de l'Assemblée Générale Extraordinaire,

⁵³⁴ C. A. Paris, 8 juin 2001, Bull. Joly, nov. 2001-256

⁵³⁵ P. ENGEL, « Remarques polémiques sur le droit préférentiel de souscription et les BSPCE », JCP, E, décembre 2000, p. 1804

J. P. BERTREL, « Faut-il réformer le régime juridique des BSPCE ? », Droit et patrimoine, décembre 2000, p. 6

avec renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription, l'émission des bons devant se faire dans l'année de l'autorisation et celle des titres dans les 5 ans de la délivrance des bons.

Comme pour les options, le Conseil d'Administration ou le Directoire définissent les bénéficiaires des bons, le nombre de bons et les conditions (appartenance à l'effectif de la société, lors de la souscription, ou encore clauses d'objectifs à atteindre) ; en revanche, la période d'indisponibilité des titres, fréquente dans les plans d'options, est ici assez rare, dès lors que les contraintes fiscales et sociales sont plus légères. Pour l'entreprise, tout d'abord, quelle que soit la durée écoulée, entre l'émission des bons et la rétrocession des titres souscrits par le bénéficiaire, il n'existe aucun risque d'assujettissement à cotisations sociales ; pour le bénéficiaire, le régime fiscal est, en principe, celui de la taxation à 16 % (plus CSG et CRDS) des plus values sur titres, avec, toutefois, une majoration à 30 % (plus CSG et CRDS) lorsque le bénéficiaire, à la date de cession des titres, a une ancienneté inférieure à trois ans dans la société⁵³⁷.

284. En raison de ce statut fiscal bien plus attractif, les BSPCE auront souvent la préférence de la pratique lorsqu'il s'agira d'offrir un complément de rémunération ; si les choix s'effectuent, souvent, à partir de données fiscales, ils seront aussi, dictés par les caractéristiques des sociétés qui envisagent de mettre en œuvre un accès individualisé à l'actionnariat.

En pratique, ces BSPCE sont surtout utilisés dans les sociétés de croissance où ils jouent, quelquefois, le rôle de substitut du salaire traditionnel ; les porteurs de bons acceptant de travailler moyennant un salaire très faible en échange d'une perspective, à court terme, de plus-value importante, sur les titres souscrits, à l'occasion d'une cession totale ou partielle de la Start-Up. Par rapport aux options, souvent émises par des sociétés fortement capitalisées, les BSPCE représentent fréquemment un pourcentage beaucoup plus élevé du capital social.

En raison de la taille, économiquement plus réduite, des sociétés non cotées, le nombre de bons est souvent limité à un très petit nombre de cadres, ce qui accentue encore la personnalisation du système ; par ailleurs, l'obligation, pour la société émettrice, d'organiser la liquidité des titres, objets des bons, conduit, de facto, à une limitation quantitative des bons.

⁵³⁶ F. FLOQUET, « Les parts de créateurs d'entreprise des super stock-options », *Option Finance*, n° 554, 28 juin 1999

⁵³⁷ IL n'existe aucune disposition particulière pour l'imposition de la décote à l'émission : le prix de souscription est déterminé par l'AGE, mais ne peut être inférieur à celui des titres, éventuellement émis en augmentation de capital au cours des 6 mois ayant précédé l'attribution du bon.

2) L'attribution d'actions gratuites

~~285~~ La loi de finances pour 2005⁵³⁸ a mis en place, de manière impromptue, un nouveau dispositif visant à intégrer les salariés dans l'actionnariat des sociétés, au moyen de cinq articles nouveaux du Code de commerce⁵³⁹ permettant l'attribution d'actions gratuites aux mandataires sociaux et aux salariés⁵⁴⁰. Inspiré, comme il l'avait été en 1970, pour les stock-options, par les techniques anglo-saxonnes, le législateur semble vouloir relancer, par ce système, l'actionnariat des salariés, les plans d'options marquant le pas, sous les effets conjugués d'une Bourse maussade et d'un régime fiscal et social devenu assez peu favorable.

En effet, le champ d'application du régime d'attribution est quasi-identique à celui des stock-options, puisqu'il concerne, dans les sociétés par actions, les mandataires sociaux et les salariés détenant moins de 10 % du capital.

En outre, la durée de la période d'acquisition et celle de la période de conservation des titres, fixée chacune, à deux ans au minimum, conduisent à un délai global de quatre ans, avant la revente éventuelle des actions, ce qui recoupe sensiblement le délai permettant de bonifier, au plan fiscal et social, le mécanisme de stock-options.

~~286~~ Quoiqu'il en soit, le nouveau dispositif présente l'avantage de ne nécessiter aucun investissement personnel de la part du bénéficiaire, qui, en toute hypothèse, réalise un gain et bénéficie d'une totale exonération de cotisations sociales. Au plan fiscal, les avantages sont moins évidents : par rapport aux stock-options, le coût fiscal est voisin pour le bénéficiaire ; quant à la société, aucune indication ne précise, à ce jour, si elle peut défiscaliser la perte comptable résultant de l'attribution gratuite des titres.

En résumé, ce dispositif, une fois encore, risque de profiter aux seuls cadres quasi-indépendants, car, non assujetti à cotisations, pour l'employeur, et moins fiscalisé qu'un salaire, pour le bénéficiaire, il fournit à l'entreprise, avec une totale souplesse, et sans aucun contrôle du Droit du travail, un moyen supplémentaire d'individualiser et de diversifier les rémunérations des cadres qui contribuent à son développement.

⁵³⁸ Loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004

⁵³⁹ Articles L. 225-197-1 à L. 225-197-5 du Code de commerce

⁵⁴⁰ Sur le sujet, voir S. PLANTIN, « L'attribution d'actions gratuites. Une alternative séduisante aux plans de stock-options », JCP, E, 31 mars 2005, p. 560

F. BASDEVANT- F. PELTIER- F. MARTIN LAPRADE, « L'attribution gratuite d'actions », Actes Pratiques, Jurisclasseur, Juillet-Août 2005

J.C. HALLOUIN, « Le salarié, sujet de droit des sociétés », Bull. Joly, juillet 2005, p. 44

En outre, à une période où la transmission de nombreuses PME se révèle nécessaire, l'octroi gratuit d'actions à des cadres peut constituer un signe incitatif et marquer la première étape d'un schéma de reprise de l'entreprise par le management.

*

* *

287. A l'issue de cette étude des systèmes individualisés d'accès à l'actionnariat salarié, il convient de revenir sur nos constatations, quant à l'atypisme des cadres quasi-indépendants dans le Droit du travail ; en effet, qu'il s'agisse des stock-options, des BSPCE ou des attributions gratuites d'actions, il n'existe strictement aucune référence à l'une ou l'autre de ces techniques, dans le Code du travail, alors qu'elles prennent, aujourd'hui, une importance croissante dans les relations des entreprises avec leurs cadres dirigeants.

Nous allons découvrir, maintenant, à l'inverse, que le Droit du travail est beaucoup plus présent, lorsqu'il s'agit d'organiser un accès collectif à l'actionnariat salarié.

II -Les systèmes collectifs

288. Créés de manière embryonnaire et facultative, au début des années soixante (ordonnance du 7 janvier 1959), ces systèmes⁵⁴¹ se sont développés au cours des dernières décennies, avec une incitation de plus en plus vive des pouvoirs publics. Durant la période récente, ces dispositifs ont cherché à créer un régime d'appoint aux systèmes légaux, de retraite par répartition, et conventionnels, de retraite par capitalisation, et à renforcer la place des salariés dans le capital des entreprises. Le législateur a ainsi synthétisé et développé les textes existants, au travers de la loi du 19 février 2001⁵⁴², consacrée à l'Epargne Salariale.

Désormais, le Titre IV du Code du travail s'intitule « *Intéressement, participation et plans d'épargne salariale* » et inclut un premier chapitre relatif à l'intéressement des salariés, un second chapitre relatif à la participation, un troisième relatif aux Plans d'Epargne d'Entreprise, le quatrième étant consacré aux dispositions communes.

En raison du thème retenu pour notre étude, nous ne nous attarderons pas, dans le détail, sur les diverses formes de l'épargne salariale, lorsque celles-ci ne présentent pas de spécificité particulière pour les cadres, par rapport aux autres catégories de salariés.

En pratique, d'ailleurs, la législation mise en place le 19 février 2001, a surtout privilégié l'aspect « épargne », par rapport à l'actionnariat au sein de l'entreprise- employeur,

⁵⁴¹ Textes de loi sur intéressement et participation codifiés aux articles L. 441-1 à L. 442-4 du Code du travail

⁵⁴² Loi n° 2001-152 du 19 février 2001

en facilitant une distanciation entre les produits d'épargne, financés par la collectivité des salariés, et les entreprises qui les emploient. C'est ainsi, que, désormais, les divers systèmes d'épargne collectif peuvent trouver à s'appliquer hors du champ juridique strict de la société-employeur. Ainsi la participation devient obligatoire en présence d'une unité économique et sociale, regroupant plus de 50 salariés et les divers systèmes d'épargne peuvent se mettre en place au sein d'un groupe, constitué d'entreprises juridiquement indépendantes, ayant entre elles des liens économiques et financiers ; de même, pour faciliter la gestion par le salarié de ses droits d'épargne, ont été créés le livret d'épargne salariale et le plan d'épargne interentreprises, qui vont permettre à l'intéressé de se constituer une épargne, dans la continuité, en dépit de ses mutations ou changements d'employeurs.

D'une manière générale, la loi sur l'Epargne salariale renforce le caractère collectif des systèmes d'épargne en leur conférant, parfois, un caractère semi-institutionnel (inclusion dans les accords de branche, consultation périodique des actionnaires sur l'ouverture du capital à l'actionnariat salarié, intégration de l'épargne salariale dans l'obligation annuelle de négocier...) ; néanmoins, il subsiste, dans ces mécanismes, certaines règles qui conduisent à y voir un dispositif d'accès à l'actionnariat de l'entreprise, plus particulièrement destiné aux cadres quasi-indépendants.

Notre étude s'appliquera, dans un premier temps, aux accords de participation et d'intéressement (A), puis aux plans d'épargne (B).

A- La participation et l'intéressement

289. En dehors de leur caractère obligatoire ou facultatif et de l'indisponibilité qui frappe les sommes issues de la participation, les deux systèmes apparaissent, aujourd'hui, très proches l'un de l'autre, avec des dispositions communes, dont le jeu combiné permettra aux cadres, qui le souhaitent, d'accéder à l'actionnariat de leur société, d'une manière beaucoup plus efficace que le reste du personnel.

Il importe de s'attacher à la répartition (1) puis à l'utilisation de la participation et de l'intéressement (2).

1) La répartition des produits

290. Le principe de répartition, lié au caractère collectif des systèmes, est celui d'un partage entre tous les salariés de l'entreprise, justifiant d'une ancienneté minimale de trois mois.⁵⁴³

Ce partage s'effectue, désormais, selon les mêmes règles, en matière de participation et d'intéressement : la formule de droit commun consacre une répartition proportionnelle aux salaires, mais les accords peuvent prévoir, soit une répartition égalitaire, soit une répartition proportionnelle à la durée de présence au cours de l'exercice, soit une répartition combinant plusieurs critères.⁵⁴⁴ Pour chaque bénéficiaire, le plafond de répartition, applicable dans chacun des dispositifs, est égal à un demi-plafond annuel moyen de la Sécurité Sociale.

Le système de répartition de droit commun, proportionnel aux salaires, est le plus fréquemment utilisé, encourageant les cadres, bénéficiaires des rémunérations les plus hautes. En outre, grâce à l'exonération d'impôt sur le revenu des sommes ainsi perçues (exonération automatique pour la participation et possible pour l'intéressement, s'il est versé sur un plan), l'économie fiscale réalisée, qui résulte du barème proportionnel de l'impôt sur le revenu, est beaucoup plus significative pour les contribuables à revenus élevés.

Par ces effets cumulés, les fruits nets de la participation et de l'intéressement sont donc plus significatifs pour la population cadre que pour les autres salariés.

2) L'utilisation des produits

291. -Pour la participation⁵⁴⁵, l'accord peut définir le mode de gestion ou laisser une liberté de choix, à chaque salarié, pour affecter la part lui revenant ; schématiquement, la gestion des fonds peut s'effectuer, en interne, au sein de l'entreprise, soit sous forme d'un compte courant bloqué et rémunéré, soit en actions émises en augmentation de capital ou rachetées par la société, en vue de la participation, soit en obligations, ou être confiée à un établissement spécialisé qui investira dans des FCP ou des SICAV.

En pratique, 1 % environ des fonds de la participation sont utilisés à l'acquisition d'actions de l'entreprise.

⁵⁴³ Délai raccourci de 6 mois à 3 mois par la loi sur l'épargne salariale (art. L. 144-4 du Code du travail)

⁵⁴⁴ Il faut remarquer que la loi sur l'épargne ne reprend pas, pour la participation, les dispositions de l'article L. 441-2 du Code du travail, permettant de faire varier les critères selon les établissements ou les unités de travail.

⁵⁴⁵ B. TEYSSIE, « Participation et intéressement », Journées de législ. Comparée, 1983, vol. 5, p. 103

292. -Pour l'intéressement⁵⁴⁶, le principe est celui de la liberté du bénéficiaire, qui a le choix entre la perception immédiate des sommes lui revenant, sur lesquelles il acquittera un impôt sur le revenu, et le versement sur un plan d'épargne d'entreprise, qui, en raison de l'indisponibilité qu'il entraîne, lui permet d'échapper à la fiscalité.

Ce dernier choix, de transformer l'intéressement en produit d'épargne défiscalisé, est, une fois encore, et pour les raisons déjà évoquées, particulièrement favorable aux hauts revenus, qui, grâce à leur pouvoir d'achat, peuvent plus aisément, renoncer à un revenu immédiat, surtout avec une incitation fiscale forte et avec les avantages supplémentaires que prennent les mécanismes de plan d'entreprise.

B- Les Plans d'Epargne d'Entreprises : les P.E.E

La loi sur l'Epargne salariale a, d'une part, amélioré le dispositif existant, instauré par l'ordonnance du 21 octobre 1986 (1), et, d'autre part, créé un nouveau produit d'épargne à long terme, le P.P.E.S.V. Ce P.P.E.S.V. a été remplacé, aux termes de la loi 2003-775 du 21 août 2003 par le P.P.E.S.V.R. (plan d'épargne salariale volontaire pour la retraite), rebaptisé, en 2004, en Plan d'Epargne Retraite collectif (P.E.R.C.O.) (2).

1) Le P.E.E.

293. Mis en place en vertu d'un accord avec le personnel ou, à la seule initiative de l'employeur, après consultation du CE ou des délégués du personnel, le PEE⁵⁴⁷ est défini par l'article L. 443-1 du Code du travail comme « *un système d'épargne collectif ouvrant aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide de celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières* ».

Depuis la loi sur l'Epargne salariale, le système a été étendu, au sein de toute entreprise ne comptant pas plus de cent salariés, aux mandataires sociaux dirigeants et aux chefs d'entreprises individuelles.

Le système peut être alimenté par le bénéficiaire, au moyen des fonds lui revenant au titre de la participation, ou de l'intéressement, ou au moyen de versements personnels, ainsi

⁵⁴⁶ P. ARSEQUEL et J. ISOUX, « Dépôt des accords d'intéressement », Dr. Soc., 1991, 126

A. SAURET, « Intéressement des salariés à l'entreprise », JCP, E, 1987, I. 16496

J. SAVATIER, « Interdiction de substituer un intéressement à un élément de salaire », Dr. Soc. 1991. p.756

⁵⁴⁷ Voir en ce sens, n° Spécial sur le PEE réalisé avec le concours du Cabinet J. BARTHELEMY et Associés, Petites Affiches, 22 févr. 2001

que par des versements provenant de l'entreprise, dénommés abondements. Les versements effectués par l'entreprise ne peuvent excéder le triple des versements opérés annuellement par le salarié (les versements du salarié incluant les versements spontanés ainsi que les sommes prélevées sur l'intéressement), et ils sont plafonnés à 2300 euros par an (plafond porté à 3450 euros lorsque les sommes sont affectées à l'acquisition de titres de l'entreprise). En ce qui concerne le bénéficiaire du plan, ses versements annuels ne peuvent excéder le quart de sa rémunération annuelle ou de son revenu professionnel imposé à l'impôt au titre de l'année précédente.⁵⁴⁸

Les sommes versées sur le PEE peuvent être investies soit en valeurs mobilières émises par l'entreprise employeur, soit en valeurs mobilières diversifiées (FCP-SICAV).

Lorsque l'épargne recueillie sur le plan est destinée à l'acquisition de valeurs mobilières émises par l'entreprise, la gestion peut être assurée en direct par cette dernière, sans qu'il soit nécessaire de recourir à un FCP.

Toutefois, par combinaison des articles L. 443-2 et L. 443-4 du Code du travail, dans le but de renforcer la sécurité des épargnants, lorsque les actions de l'entreprise ne sont pas liquides (sociétés fermées), le règlement du plan doit offrir à ses participants au moins une possibilité supplémentaire d'investir en SICAV ou FCP diversifié, en sus des titres de l'entreprise.

294. En pratique, les salariés qui font le choix d'investir en actions de l'entreprise sont peu nombreux, hormis dans certaines sociétés cotées, en raison du risque lié à une absence de diversification des placements ; toutefois, au sein de cette minorité, les cadres quasi-indépendants sont majoritaires car, de par leur formation, et par l'accès privilégié dont ils disposent sur les perspectives de l'entreprise, ils sont particulièrement bien placés pour connaître ses potentialités de développement et de performances financières.

2) Le P. P. E. S. V. R. . (ou P. E. R. C. O.)

295. Ce mécanisme nouveau instauré par la loi sur l'Epargne Salariale, puis modifié en 2003, est un complément du P.E.E. avec un mode de fonctionnement très voisin ; les principales différences résident dans les modalités de sa mise en place⁵⁴⁹ et dans la durée de son indisponibilité, puisqu'il conduit à bloquer les fonds jusqu'au départ en retraite du

⁵⁴⁸ Ce plafond s'applique globalement pour les versements à plusieurs plans (PEE, PEI, ...)

⁵⁴⁹ Le P.P.E.S.V. nécessite l'existence préalable d'un P.E.E. et sa mise en place intervient obligatoirement au travers d'une convention ou d'un accord collectif conclu conformément à l'article 443-1 du Code du travail.

bénéficiaire, sauf décès, invalidité, expiration des droits à l'assurance chômage, situation de surendettement, ou achat de la résidence principale. L'alimentation du plan s'effectue de la même manière que celle du P.E.E., toutefois, le virement des fonds de la participation, s'il s'effectue plus de cinq ans avant l'expiration du .P. E. R. C. O, ouvre droit à abondement.

L'abondement de l'entreprise est limité à un plafond annuel de 4600 Euros (non majorable, car l'acquisition de titres de l'entreprise n'est pas possible) et au triple des versements des bénéficiaires⁵⁵⁰.

Les fonds figurant dans le PERCO ne peuvent directement ou indirectement être investis dans les titres de l'entreprise ; ils doivent nécessairement servir à l'acquisition de FCPE diversifiés, pour sécuriser les placements et le participant doit avoir le choix entre, au moins, trois organismes de placement collectif en valeurs mobilières, avec des profils d'investissement différents.

*

* *

296. Au terme de ce tour d'horizon sur les systèmes collectifs d'accès à l'actionnariat salarié, il est possible de constater que les cadres quasi-indépendants sont objectivement avantagés, en termes quantitatifs :

- par les critères de répartition de la participation et de l'intéressement, qui font référence, la plupart du temps, aux montants des rémunérations perçues.
- par le jeu de la défiscalisation attachée à l'ensemble des mécanismes (participation, intéressement, plus plans d'entreprise), en raison du caractère progressif du barème d'impôt sur le revenu.
- par le jeu des abondements versés par l'entreprise et par le plafond annuel de 25 % de la rémunération du salarié qui, une fois encore, privilégient les hauts revenus, permettant de dégager une épargne personnelle significative.

297. En terme qualitatifs, par ailleurs, ces cadres disposent, de par leurs fonctions, d'informations particulièrement pertinentes sur l'avenir de leur entreprise et sur ses capacités futures à générer des résultats, et donc de la plus-value sur les actions.

298. Il faut ajouter à ce double constat, l'intérêt psychologique que présente, pour le cadre, l'accès à l'actionnariat, qui le rapproche des actionnaires et peut, quelquefois, lui ouvrir

⁵⁵⁰ Lorsque l'abondement annuel, par un bénéficiaire, excède 2300 euros, l'entreprise doit acquitter une contribution sociale spécifique de 8,2 %.

un poste au Conseil d'Administration⁵⁵¹, ainsi que la faveur que cette démarche suscite, auprès des dirigeants. Ces derniers voient, en effet, d'un bon œil, cette implication volontaire et supplémentaire des cadres dans l'entreprise. Il est, dès lors, aisé de comprendre pourquoi les systèmes collectifs d'épargne (à l'exception du PERCO), qui débouchent, de manière marginale, au sein des salariés, sur un actionnariat dans l'entreprise, conduisent, au contraire, les cadres quasi-indépendants, à privilégier l'acquisition d'actions de leurs entreprises, parfois, d'ailleurs, avec l'objectif de participer à une reprise future de la société. Même si l'exercice demeure théorique, une illustration chiffrée du montant total annuel maximum d'investissement en capital, dans son entreprise, que peut espérer un cadre disposant d'un haut niveau de rémunération est éloquente :

- Participation plafonnée à ¾ du plafond Sécurité Sociale, soit 22644 Euros
- Intéressement plafonné à ½ du plafond, soit 15096 Euros
- Abondement au PEE, plafonné à 3450 euros
- Abondement au PPESV, plafonné à 4600 euros

Si l'on rajoute, à cela, la possibilité pour la société de décoter les titres attribués aux adhérents du plan, ainsi que l'absence de taxation, à l'impôt sur le revenu, des plus-values enregistrées à la revente des titres inscrits, dans un PEE, le système s'avère, pour un cadre, particulièrement favorable.⁵⁵²

*

* *

299. Disposant de plus en plus d'autonomie, dans la gestion de son temps et de ses activités, le cadre quasi-indépendant s'affranchit du lien de subordination. Grâce à son expertise technique, il bénéficie d'une importante marge de liberté, et participe largement au pouvoir de direction.

Rémunéré de façon personnalisée et diversifiée, dans une logique qui privilégie les résultats acquis par son équipe et qui tend, souvent, à faire de lui un actionnaire de l'entreprise, il est à cent lieues du salarié rémunéré au temps passé. La fracture qui existe, dès lors, entre cadre quasi-indépendant et Droit du travail, va se trouver accentuée, car cette discipline juridique, qui a construit sa légitimité sur la protection du salarié, va s'avérer impuissante à protéger ce type de cadre, dans son exercice professionnel. (Titre 2).

⁵⁵¹ Cf, notamment, dans les cabinets libéraux, la mention « associé », qui figure sur les cartes de visite et papiers à entête et qui constitue une forme de promotion, du cadre, au sein de la structure.

⁵⁵² Il en est de même pour l'entreprise : elle économise l'intégralité des cotisations sociales, qui auraient grevé les sommes versées, si elles avaient constitué des suppléments de salaire et elle bénéficie, en outre, de provisions déductibles de sa base imposable, au titre de la participation et de l'intéressement.

Titre 2 : La protection du droit du travail : une illusion pour les cadres quasi-indépendants

Le cadre quasi-indépendant subit à la fois des contraintes d'organisation (chapitre 1) et des contraintes, que l'on peut qualifier de psychologiques, (chapitre 2), imposées par son entreprise.

| |
|--|
| Chapitre 1 : Les contraintes organisationnelles dans l'exercice des fonctions |
|--|

Le statut de cadre et, a fortiori de cadre quasi-indépendant, nécessite des qualités d'adaptation, à la fois dans le temps (section 1) et dans l'espace (section 2).

Section 1 : La nécessité d'une adaptabilité dans le temps

Les cadres quasi-indépendants sont affranchis de la notion d'horaires, mais cette liberté, en réalité, va complexifier leur organisation (I) ; et de manière encore plus paradoxale, l'arrivée des NTIC n'a fait qu'accentuer ce phénomène (II).

I- La souplesse dans la gestion du travail : une liberté trompeuse

De par l'absence de référence horaire à leur temps de travail, les cadres quasi-indépendants disposent d'une totale liberté. Cependant, cette liberté est perverse car elle est amputée par des objectifs concrets de performances, accentués par le management du XXI^{ème} siècle (A) et elle crée des troubles dans son temps de repos (B).

A- Les contraintes liées aux pratiques modernes du management

300. La difficulté à maîtriser le temps de travail et à pouvoir bénéficier de temps libre découle de l'obligation de résultat du cadre⁵⁵³ ; l'illustration de cette difficulté se traduit par une course incessante contre le temps, encore plus marquée pour les cadres quasi-indépendants.

⁵⁵³ Ut supra

Ainsi, du matin au soir, le cadre se presse et doit courir de manière ininterrompue, que ce soit au travail ou à la maison, et les 35 heures n'ont pas résolu le problème⁵⁵⁴.

Une étude du ministère de l'Emploi⁵⁵⁵, publiée en 2002, révèle que deux entreprises sur cinq se sont réorganisées et qu'un employeur sur cinq a supprimé les pauses. Parmi les salariés consultés, 25 % indiquent qu'ils n'ont pas assez de temps pour faire correctement leur travail et 29 % trouvent que leur rythme de travail est accéléré par la pression constante de la hiérarchie.

Pour être important dans la société actuelle, il faut être « sur-occupé » et cela empêche de s'interroger sur le sens de sa vie. Bien évidemment, les cadres sont les premiers à dénoncer les méfaits de l'urgence au quotidien⁵⁵⁶. En effet, le cadre doit mettre en œuvre tous les moyens nécessaires pour réaliser sa mission, peu importe le temps que cela implique, le tout étant de parvenir à l'objectif.

L'obligation de résultat dans la réalisation de la mission génère une exigence particulière de disponibilité, qui constitue un impératif de la fonction au moment du recrutement mais aussi tout au long de l'exécution du contrat de travail.

Dès lors, le manque de disponibilité sera considéré comme une mauvaise exécution de la mission, justifiant la rupture du contrat de travail ; l'insuffisance professionnelle sera caractérisée par le non respect des objectifs⁵⁵⁷. Le recours à la fixation d'objectifs résulte, à la fois, d'une difficulté croissante à appliquer des sanctions au cadre et de la dilution du lien de subordination, induisant des relations plus autonomes et propices à la créativité.

Il est aussi permis de se demander si la technique des objectifs et des contrats de mission ne traduit pas une volonté d'échapper aux contraintes du droit du travail en s'appuyant sur l'autonomie, de plus en plus grande, des travailleurs intellectuels.

Dans ce contexte, plusieurs éléments, inhérents aux cadres, influent directement sur les difficultés d'organisation de leur temps de travail : la recherche de la performance (1) et la problématique des absences (2).

⁵⁵⁴ A. VIDALIE, « La course contre la montre », L'Express, février 2002

Selon l'auteur, les cadres se plaignent et la palme de l'insatisfaction revient aux 25-34 ans dont environ 62 % jugent qu'ils consacrent trop d'heures à leur travail. Leur vie ressemble à une course contre la montre !

⁵⁵⁵ Cf. www.Travail.gouv.fr

⁵⁵⁶ Voir en ce sens, CFDT, « Le travail en questions », Editions Syros, 2001

Entre 1995 et 2001, la CFDT a réalisé une grande enquête sur les mutations du travail ; depuis des années, les situations de travail évoluent : les progrès techniques entraînent une évolution des outils mais aussi des modes d'organisation du travail. Les salariés changent de classification, vieillissent. Tous ces facteurs font qu'aujourd'hui, les travailleurs signalent en grande majorité une aggravation de l'intensité de leur travail. Trois causes majeures d'intensification ont été mises en avant : la pression des usagers ou clients, la multiplication et la complexification des produits et des services, et enfin la contrainte des cadences toujours actuelle.

⁵⁵⁷ Ut supra

1) La recherche de la performance et son corollaire, le stress

Pour définir les missions confiées au salarié, recruté en qualité de cadre quasi-indépendant, et s'assurer de leur bonne exécution dans les délais impartis, l'employeur va souvent insérer dans le contrat de travail une clause d'objectifs⁵⁵⁸ (a). La recherche de la performance est encore accentuée avec les dernières techniques d'évaluation (b).

a- Les clauses d'objectifs

301. Le contrat de travail d'un cadre peut comporter une clause fixant des objectifs ou des quotas à atteindre, il s'agit, le plus souvent de la réalisation d'un chiffre d'affaires minimum sur une période déterminée ou de la conclusion d'un nombre minimum de contrats... Cette clause, particulièrement utilisée pour les cadres dont l'activité est essentiellement commerciale permet ainsi, à l'employeur, de donner une base contractuelle précise à l'appréciation des résultats.

Afin d'inciter le cadre à atteindre, dans les délais prescrits, les objectifs qui ont été fixés dans son contrat de travail, il est fréquent d'assortir cette clause d'une prime dont le montant peut être calculé en fonction du niveau de réussite de ces objectifs.

Indépendamment de l'existence ou non de cette prime, la capacité du salarié à mener à bien les missions qui lui sont confiées, constitue pour l'employeur, un élément d'appréciation essentiel avant de décider de lui accorder une augmentation individuelle de salaire ou une promotion.

302. En revanche, et sous réserve que les missions confiées au salarié cadre soient réalistes et donc réalisables, le seul fait, pour ce salarié, de ne pas atteindre tout ou partie de ses objectifs, caractérise une insuffisance fautive dans l'exercice de ses obligations professionnelles, que l'employeur peut valablement invoquer comme cause réelle et sérieuse de licenciement. Néanmoins, le contrat de travail ne peut valablement décider que la non-réalisation des objectifs constituera une cause de licenciement automatique⁵⁵⁹, car l'employeur n'est pas autorisé, par l'insertion d'une disposition contractuelle, qu'il s'agisse d'une clause d'objectifs ou de toute autre clause, à préconstituer une cause de licenciement.

La jurisprudence exige, de plus, que ces objectifs ou quotas, soient réalisables, l'employeur ne pouvant, par exemple, imposer au salarié une augmentation de 100 % par rapport aux deux années précédentes. Il importe, dans la détermination des objectifs ou

⁵⁵⁸ P. WAQUET, « Les objectifs », Droit Social, février 2001

⁵⁵⁹ S. NIEL, « Les clauses d'objectifs vont-elles disparaître ? », Jurisprudence Sociale Lamy, 24 avril 2001

quotas, de se référer notamment aux usages de l'entreprise, pour des salariés exerçant dans les mêmes conditions, ou à défaut dans le secteur d'activité de l'entreprise.

303. La Cour de cassation a semblé, pendant un certain temps, réticente à l'égard des objectifs, qui n'avaient pas été contractuellement fixés, mais elle semble revenir sur cette jurisprudence. En effet, dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a précisé que les objectifs n'ont pas nécessairement à être indiqués dans le contrat.⁵⁶⁰ La seule insuffisance de résultats ne pouvant, en soi, constituer une cause de licenciement, même lorsque le salarié est contractuellement tenu d'atteindre certains objectifs, la simple comparaison entre les objectifs contractuels et les résultats obtenus n'est pas de nature à justifier la rupture des relations contractuelles.

Pour justifier un licenciement éventuel, l'insuffisance de résultats doit remplir deux conditions :

- les objectifs doivent être réalisables⁵⁶¹, et compatibles avec le marché.
- la non réalisation des résultats doit être imputable au salarié.

La Cour de cassation rappelle régulièrement, que les juges du fond conservent un pouvoir d'appréciation sur la faisabilité des résultats à atteindre, afin de décider du caractère réel et sérieux du licenciement, en vérifiant que les objectifs définis étaient réalistes.

304. L'appréciation jurisprudentielle du bien-fondé du licenciement est, alors, plus sévère chez le cadre que pour les autres catégories de salariés⁵⁶² car, le personnel d'encadrement représente l'employeur aussi bien dans l'enceinte de l'entreprise qu'en dehors de celle-ci. De fait, au sein de l'entreprise, les cadres sont chargés de faire appliquer, à leur niveau, la politique générale définie par le chef d'entreprise et, le cas échéant, de participer à l'élaboration de celle-ci. Pour cela, ils ne doivent pas se contenter de donner, aux salariés placés sous leur autorité, les directives et instructions nécessaires, et de contrôler le respect de celles-ci en sanctionnant les éventuels manquements, il leur appartient, également d'adopter un comportement exemplaire vis-à-vis de leurs subordonnés, pour leur montrer, l'utilité des mesures à respecter, ainsi que leur adhésion personnelle aux orientations techniques, financières, commerciales ou sociales prises par le chef d'entreprise.

305. Par ailleurs, à l'extérieur de l'entreprise, et notamment à l'occasion de leurs déplacements professionnels, voire même à certains moments de leur vie privée, les cadres

⁵⁶⁰ Cass. Soc., 14 novembre 2000, RJS 1/2001, n° 22 ; juris. Hebdo n° 692 du 27 novembre 2002
Cass. Soc., 11 juillet 2000, Bull. civ. V, n° 277

⁵⁶¹ Cass. Soc., 22 mai 2001, n° 99-41, 838, Bull. civ. V, n° 180

⁵⁶² J. E. RAY, « Licenciement de cadre », Liaisons sociales, magazine, janvier 2002

véhiculent, dans leur comportement ou dans leurs propos, tenus en public, l'image et donc le crédit de l'entreprise qui les emploie.

Aussi, il est parfaitement compréhensible, que, compte tenu de ce double rôle, les salariés cadres soient tenus à une obligation de réserve plus stricte que celle qui pourrait être imposée aux autres catégories de salariés. Pour les mêmes raisons, l'on conçoit, tout aussi bien, que les cadres puissent être astreints au respect d'obligations professionnelles de moyens « renforcées », en particulier celles qui consistent en la réalisation de missions ou d'objectifs précis, pour une échéance déterminée, même si l'insuffisance de résultats, au regard des objectifs fixés, n'est pas une « cause péremptoire » de licenciement⁵⁶³.

La recherche de la performance se traduit, également, par l'application récente de techniques d'évaluation imposées, qui amplifient les effets de la compétitivité et la peur de ne plus être le meilleur.

b- Les nouvelles techniques d'évaluation

Parmi les « nouveautés », le ranking peut accentuer la pression, mais c'est surtout l'évaluation à 360° qui va peser sur le cadre quasi-indépendant.

- Le Ranking :

306. Importée des Etats-Unis, la notion de ranking repose sur la compétitivité d'une société, évaluée à partir de la motivation et la performance individuelle des salariés ; chaque salarié est, de ce fait, positionné sur une échelle de valeur, y compris le cadre.

Parmi les nombreux commentaires⁵⁶⁴ suscités par cette technique, on lit parfois qu'il s'agit d'un système de notation, ou encore d'un système d'évaluation des salariés, afin de fixer les augmentations salariales et « coacher », le cas échéant, les plus faibles qui pourront bénéficier de formations : il semblerait que, dans un certain nombre de cas, les salariés classés dans la dernière catégorie soient privés d'augmentation, alors que les salariés des autres catégories en bénéficient. Cet outil de gestion des rémunérations repose, donc, sur une classification comparative des salariés, selon la performance individuelle de chacun, définie par rapport à ses propres objectifs, mais aussi par rapport aux performances réalisées par les salariés exerçant une fonction comparable dans l'entreprise. C'est ce dernier critère qui justifie son appellation anglaise de « ranking » assimilable à une « appréciation relative de la performance »⁵⁶⁵.

⁵⁶³ C. BOUTY, « Le contrôle de l'insuffisance des résultats par le juge », Travail et Protection sociale, avril 2001

⁵⁶⁴ P. WAQUET, P. LAGESSE, R. BRIHI, « Ranking, réflexions juridiques », Semaine Sociale, Lamy, 2 décembre 2002, n° 1100

⁵⁶⁵ En pratique, tous les ans, chaque responsable hiérarchique procède à l'évaluation, concrète et individuelle, de la performance réalisée par chaque salarié de son équipe, en analysant ses résultats obtenus sur l'année par

La technique du ranking ne doit pas être confondue avec l'insuffisance de résultat, due à la carence et à la négligence du salarié, qui ne fait pas référence aux performances des autres salariés. Dans cette logique, peut-on envisager qu'un salarié, qui pendant plusieurs années, a été maintenu dans la catégorie inférieure, puisse en définitive être licencié pour insuffisance professionnelle⁵⁶⁶ ? La réponse est positive, mais à condition que l'employeur ait tenté d'adapter le salarié à son poste en lui fournissant les moyens de formation adaptés⁵⁶⁷. De même, le ranking pourra être pris en considération, pour fixer l'ordre des licenciements économiques.

Cette technique récente d'évaluation renvoie à l'évaluation 360 °, dans laquelle les cadres quasi-indépendants sont au cœur de ce dispositif.

- Le dispositif 360 ° ou la méthode du feedback

307. Venu des pays Anglo-Saxons, l'évaluation 360 ° recouvre en fait tout un spectre de processus d'évaluations qui vont de 90 à 180 ou 360, selon le nombre et l'origine des interlocuteurs impliqués dans ce processus, l'idée étant de réaliser une évaluation du collaborateur à plusieurs niveaux. Alors que l'évaluation classique correspond au regard du supérieur hiérarchique direct, sur le travail de la personne qu'il encadre, l'évaluation dite « 360 ° » fait intervenir d'autres personnes, en demandant à ses pairs, mais aussi à ses subordonnés, voire aux clients et aux fournisseurs, de procéder à l'évaluation du salarié. L'objectif est de réaliser une évaluation beaucoup plus globale de l'activité, de la performance, mais aussi des qualités de contact de la personne à évaluer.

Ce processus est coûteux, toute une série de personnes étant en contact avec le cadre et il ne s'adapte pas facilement à toutes les cultures sur le marché du travail, car le principe de l'évaluation d'un supérieur par un subordonné est assez loin de la culture française traditionnelle. Le 360 ° n'a de sens que s'il est conforme au management général de l'entreprise et il suppose une entreprise peu hiérarchisée.

rapport aux objectifs fixés. Une fois les évaluations personnelles faites, les responsables hiérarchiques se réunissent pour déterminer des critères communs d'appréciation des salariés et déterminer un pourcentage éventuel d'augmentation de la rémunération.

⁵⁶⁶ Voir en ce sens, CA Grenoble, 12 nov. 2002, n° 02/ 02794 : la société Hewlett Packard a mis en place depuis 1980 un système qui fixe les augmentations de rémunérations en fonction de la performance relative des salariés. Les syndicats ont fortement contesté ce système. Or, ni le TGI de Grenoble le 23 mai 2002, ni la Cour d'appel de Grenoble, le 12 novembre 2002 n'ont été sensibles à ces critiques ; au contraire, pour les magistrats de l'Isère, « le dispositif critiqué par les syndicats demandeurs s'inscrit non dans une logique disciplinaire, mais dans une optique d'adaptation permanente du personnel aux exigences de l'entreprise, par de la formation, le ranking s'avérant être au final « un système licite des augmentations salariales. »

⁵⁶⁷ Cass. Soc., 29 mai 2002, D. 2002, p. 2284, note P. WAQUET

Dans cet arrêt, la Cour rappelle l'obligation de formation et d'adaptation qui pèse sur l'employeur.

La mise en place d'une évaluation à 360⁵⁶⁸ repose sur un principe simple : chaque cadre est évalué par sa hiérarchie, ses collaborateurs et ses collatéraux, soit au total une quinzaine de personnes qui se prononcent sur un panel de critères⁵⁶⁹. Un premier groupe de critères porte sur le charisme (capacité à animer, à déléguer, à développer ses collaborateurs, à faire preuve d'un comportement transparent), un second met en avant la personnalité (organisation personnelle, dynamisme et tonicité, courage et capacité à prendre des décisions), un troisième porte sur l'engagement du cadre, par rapport aux valeurs et à la stratégie de l'entreprise, c'est-à-dire tout ce qui se rattache à son implication.

*

* *

308. Ainsi, avec ces nouvelles techniques d'évaluation, le cadre quasi-indépendant se doit d'être toujours le plus fort, le plus performant, dans tous les domaines de son activité, et cela par un investissement total dans son travail ; la conséquence logique de ce culte de la performance est manifestement la naissance d'un stress incontestable.

Pour les cadres, c'est surtout la surcharge de travail, physique ou psychique, qui constitue un facteur d'anxiété⁵⁷⁰. Outre l'analyse des conditions objectives de travail, la mesure de la charge de travail devrait tenir compte, en particulier lorsqu'il s'agit d'évaluer l'impact des facteurs psychiques, du niveau de formation du salarié, de son âge, de son expérience, autrement dit de ses capacités. Or, cette problématique est difficile à appréhender par le Droit, car l'anxiété associe des dimensions objectives et subjectives, mêlant conditions de travail et vie au travail ; le stress ne peut s'englober dans une règle de droit.

309. Face aux problèmes engendrés par cette pression, un syndicat de cadres vient de mettre en place une « cellule d'aide psychologique » à distance pour les adhérents en souffrance⁵⁷¹. Quant aux cadres quasi-indépendants, on ne compte plus ceux qui passent entre les mains d'un coach pour un indispensable accompagnement dans le management de leurs équipes. L'irruption des « psys » dans le monde du travail est manifeste, bien que le phénomène ne soit pas nouveau.

⁵⁶⁸ Pour la première fois en 1999, la direction générale de Renault décide d'évaluer une partie de son encadrement, environ 1750 membres, avec la méthode du 360 ° feedback.

Voir en ce sens, Entreprises et carrières n° 572, 23 avril 2001

⁵⁶⁹ Voir en ce sens, A. BOUILLIN, « Banque, assurance, conseil : ces cracks qu'on chouchoute », L'Express, 16 janvier 2003. Auparavant, les entreprises cultivaient le secret autour de leurs jeunes talents, ceux promis aux cimes directoriales, jusqu'à ne rien dire aux intéressés. Désormais, les « hauts potentiels », (c'est-à-dire les cadres sup qui figurent sur la liste des prétendants au trône de patron, de directeur général...) repérés et formés sont mis à l'épreuve au cours d'un processus transparent où ils font l'objet d'une évaluation à 360°, collègues, subordonnés et chefs notent leurs qualités et leurs défauts.

⁵⁷⁰ 60 % des cadres interrogés par l'APEC au printemps 2000 jugeaient leur charge de travail excessive.

⁵⁷¹ S. BECHAUX et F. REY, « La psymania gagne les entreprises », Liaisons Sociales magazine, janvier 2003

Les causes en sont multiples, mais l'on peut citer l'obligation de résultat qui s'étend peu ou prou, à toutes les catégories de personnel, avec, comme corollaire, une évaluation individuelle placée sous le signe de la performance et érigée en valeur phare de l'entreprise. De même, ordinateur et téléphone portable accentuent l'exigence de disponibilité ; le travail s'est transformé et la pénibilité physique a fortement diminué, mais la pression et les responsabilités se sont accrues⁵⁷².

La « psychologisation » des rapports de travail se trouve également amplifiée par le repli des syndicats : la présence syndicale s'étant réduite comme peau de chagrin, le salarié ne peut plus désormais compter que sur lui-même, il s'isole et peut déprimer. Aussi, pour régler les relations conflictuelles entre les salariés, les entreprises s'en remettent-elles désormais à des psychologues médiateurs ; de même, juges des compétences émotionnelles de leurs cadres, elles tentent, aujourd'hui, de les faire progresser sur ce terrain et l'explosion du coaching en témoigne⁵⁷³.

Mais, si certaines personnes ont besoin d'apprendre à gérer la pression, il faut aussi que les directions conçoivent des organisations de travail moins oppressantes,. c'est pourquoi les psychiatres sont devenus des experts incontournables du stress professionnel. Avec l'apparition des bilans de compétence, du coaching, du ranking, des évaluations à 360°, de la gestion des conflits, les psychothérapeutes et autres psychanalystes sont devenus nécessaires pour les cadres dirigeants. En outre, bien souvent, les cadres « culpabilisent » de s'absenter, pour quel motif que ce soit, car rares sont les entreprises qui remplacent un cadre absent, la technicité du poste impliquant une période d'adaptation certaine.

2) La problématique des absences chez les cadres quasi-indépendants

Les absences, prolongées ou répétées, sont mal acceptées par les entreprises, lorsqu'elles concernent des cadres quasi-indépendants.

⁵⁷² Phénomène accru avec le passage aux 35 heures

⁵⁷³ L'on recense entre 1500 et 1800 coachs dans l'hexagone. L'on peut citer l'exemple d'Unilever : la multinationale néerlandaise s'est lancée dans un programme d'accompagnement dont vont bénéficier 400 de ses 900 cadres. « *La pression du business est de plus en plus importante ; nous voulons apprendre à nos managers à communiquer de façon optimale avec leurs collaborateurs pour gérer cette pression de manière positive* », explique le responsable de la gestion des cadres. Les formations sont assurées par des coachs de l'Institut

a- Les absences prolongées

310. La règle de principe repose sur l'interdiction de licencier un salarié en se fondant sur sa maladie, laquelle ne peut donc constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement⁵⁷⁴. Loin est le temps où l'employeur pouvait se prévaloir de l'état de santé d'un salarié pour prendre acte de la rupture du contrat de travail. La jurisprudence est désormais plus protectrice du salarié malade, et, à l'inverse, plus rigoureuse pour l'employeur qui souhaite rompre le contrat d'un salarié, absent en raison de troubles de santé, qui se prolongent⁵⁷⁵. La loi du 7 janvier 1981⁵⁷⁶ a renforcé cette protection pour les pathologies professionnelles : ainsi, en vertu de l'article L. 122-45 du Code du travail, aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son état de santé ou de son handicap, sauf inaptitude constatée par le médecin du travail. Toute disposition ou tout acte contraire, à l'égard d'un salarié, est, en vertu de la loi, nul de plein droit.

Cette règle est assortie de sanctions non seulement pénales⁵⁷⁷ mais aussi civiles puisque l'employeur peut être condamné, par le juge, à réintégrer le salarié illégalement licencié, la nullité du licenciement ayant les effets classiques de toute nullité frappant un acte juridique⁵⁷⁸.

Néanmoins, dans certaines hypothèses, l'absence prolongée peut s'avérer très pernicieuse pour l'entreprise, ce qui a conduit le législateur à tempérer l'interdiction de principe : il convient d'envisager deux situations, selon qu'il existe ou n'existe pas de garantie conventionnelle de maintien du contrat de travail⁵⁷⁹.

- En l'absence de clause de garantie

311. Pour légitimer la rupture du contrat de travail du salarié malade, en raison du caractère prolongé de la pathologie, il faut que l'employeur apporte la preuve de la désorganisation de l'entreprise⁵⁸⁰, mais la jurisprudence a fixé des conditions strictes^{581 582}.

français de l'anxiété et du stress, qui interviennent lors de séminaires collectifs et individuels. L'objectif final étant de développer les hommes, de les épanouir.

⁵⁷⁴ P. Y. VERKINDT, « La maladie du salarié et la poursuite de la relation de travail », TPS 1998, chronique 15-25

⁵⁷⁵ Cass. Soc., 28 janvier 1998, Bull. civ. V, n° 43

⁵⁷⁶ Loi n° 81-3 du 7 janvier 1981, voir notamment les dispositions codifiées sous les articles L. 122-32-1 et suivants du Code du travail

⁵⁷⁷ les articles 225-1 à 225-4 du nouveau Code pénal permettent de sanctionner tout licenciement discriminatoire fondé sur l'état de santé ou le handicap du salarié, dès lors que l'inaptitude n'est pas constatée par le médecin du travail, d'une peine de deux ans d'emprisonnement et d'une amende)

⁵⁷⁸ Remise en état des parties dans la situation antérieure ; le salarié retrouve l'emploi qu'il occupait avant la rupture du contrat de travail et peut prétendre au versement des salaires dont il a été privé depuis son éviction ; s'il ne souhaite pas la réintégration, il est en droit d'obtenir des dommages et intérêts pour rupture abusive.

⁵⁷⁹ Voir en ce sens, M. SIMONNEAU, « Les clauses du contrat de travail », Liaisons, Coll. Liaisons sociales, éd. 2000

⁵⁸⁰ Cass. Soc., 2 février 1999, RJS 3/1999, n° 407

Voir Rép. Min. n° 17326 : JOAN du 15 mars 1999, p. 1578

J. SAVATIER, « Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé », RJS 6/1998, p. 707

Elle a, par exemple, frappé de nullité un licenciement prononcé pour faute grave, caractérisée par un comportement anormal d'excitation du salarié, incompatible avec les fonctions attribuées ; en effet, la conduite du salarié reposant sur son état de santé, l'employeur aurait dû, au préalable, faire constater son inaptitude par le médecin du Travail⁵⁸³.

Afin d'apprécier la désorganisation invoquée, les juges se livrent à une analyse in concreto, à partir des différents critères tenant au salarié (emploi occupé, qualification), à l'entreprise (taille, activité, organisation) et à la durée de l'absence ; la question relève de l'appréciation souveraine des juges du fond qui procèdent à une combinaison des différents éléments. Ainsi, plus l'entreprise est petite et la qualification du salarié élevée, ou spécifique, plus l'absence est longue, et plus la désorganisation de l'entreprise peut être facilement admise. Le cadre quasi-indépendant d'une petite structure, qui s'absente plusieurs semaines, court donc un risque significatif de voir son contrat de travail rompu, sur le fondement de désorganisation de l'entreprise, la taille de l'entreprise jouant un rôle déterminant^{584 585}.

312. Un autre élément d'appréciation de la désorganisation de l'entreprise, pourrait consister à déterminer si le remplacement du salarié est indispensable et possible : en effet, un cadre quasi-indépendant est difficilement remplaçable, de par les responsabilités qu'il exerce, car le temps d'adaptation du remplaçant sera beaucoup plus long que pour une personne moins qualifiée ; or, la jurisprudence ne prend pas en compte cet élément.

Il faut préciser que certaines conventions collectives posent l'exigence du remplacement du salarié absent. La jurisprudence impose, alors, son application en exigeant que le remplacement du salarié soit effectif⁵⁸⁶, et intervienne dans un délai raisonnable⁵⁸⁷. Ainsi, le licenciement sera abusif lorsque l'employeur invoquera la désorganisation du poste de travail de l'équipe, sans, par ailleurs établir qu'il a été mis dans l'obligation de procéder au remplacement du salarié absent⁵⁸⁸.

L'exigence posée renvoie aussi au caractère définitif du remplacement opéré⁵⁸⁹. Dans certaines conventions collectives, figure une clause en vertu de laquelle la rupture du contrat

⁵⁸¹ J. F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive », D. 1979, chronique p. 95

D. ASQUINAZI-BAILLEURS, « Le salarié malade : vers une nouvelle catégorie de salariés protégés », JSL 1998, n° 15

H. BLAISE, « Maladie ou inaptitude physique du salarié », BS Lefebvre 12/ 1986, p. 503

⁵⁸² Cass. Soc., 21 octobre 1999, Juris-Data n° 003810

⁵⁸³ Cass. Soc., 28 janvier 1998, JSL 1998, n° 15, observations D. ASQUINAZI-BAILLEUX

⁵⁸⁴ Cass. Soc., 23 juillet 1984, Juri-social 1984, F. 104

⁵⁸⁵ Cass. Soc., 31 mars 1982, Juris-social 1982, F52

⁵⁸⁶ Cass. Soc., 25 mai 1989, Bull. civ., V, n° 400

⁵⁸⁷ Cass. Soc., 20 juin 1990, Bull. civ. V, n° 306

⁵⁸⁸ Cass. Soc., 3 juillet 1990, Bull. civ. V, n° 331

de travail du salarié est autorisée, dès lors que l'employeur est dans la nécessité de pourvoir au remplacement effectif du salarié absent. La Cour de cassation interprétant une telle clause, considère que l'employeur ne peut procéder au licenciement « *que s'il se trouve dans l'obligation de le remplacer à titre définitif dans son emploi*⁵⁹⁰ ». La solution de la Cour de cassation paraît sévère pour l'employeur ; en effet, le fait que l'absence du salarié ait pu être palliée provisoirement par l'embauche d'un intérimaire ou un stagiaire, ou un contrat de travail à durée déterminée, n'implique pas, qu'il ne soit pas nécessaire, au terme d'un délai déterminé, de recruter à titre définitif, un remplaçant par le biais d'un contrat à durée indéterminée⁵⁹¹.

La jurisprudence récente exige que le remplacement définitif du salarié absent soit une nécessité ; en l'espèce, si la perturbation de l'entreprise peut être palliée par une nouvelle répartition du travail entre les salariés ou par l'embauche temporaire d'un autre travailleur, le remplacement ne sera pas considéré comme nécessaire⁵⁹². Le remplacement doit être définitif et effectif non plus à la date de la rupture du contrat⁵⁹³ mais dans un délai raisonnable après le licenciement et il appartient au juge du fond d'apprécier souverainement ce délai en tenant compte des spécificités de l'entreprise et de l'emploi concerné ainsi que des démarches faites par l'employeur en vue d'un recrutement⁵⁹⁴. De même, le caractère définitif et effectif du remplacement n'existe pas lorsque le remplacement est assuré par un autre salarié de l'entreprise ou du groupe auquel l'entreprise appartient⁵⁹⁵.

- En présence de clause de garantie

313. Certaines clauses de garantie⁵⁹⁶ instituent un délai de protection au profit des salariés absents pour maladie, lesquels conformément aux stipulations conventionnelles, ne peuvent être licenciés, pendant un délai fixé par les partenaires sociaux. A l'expiration du délai conventionnel de protection, l'employeur retrouve son pouvoir de mettre fin au contrat de travail⁵⁹⁷. En toute hypothèse, la notification de la rupture, adressée au salarié malade, doit intervenir avant son retour dans l'entreprise, sinon le licenciement apparaît dépourvu de cause

⁵⁸⁹ Cass. Soc., 4 juin 1998, RJS 7/ 1998, n° 845, commentaire n° 275 ; Cass. Soc., 16 juillet 1998, TPS 1998, commentaire n°314, observations P.Y. VERKINDT

⁵⁹⁰ Cass. Soc., 13 mars 1991, Bull. civ. V, n° 135

⁵⁹¹ H. BLAISE, « Maladie, inaptitude physique du salarié ; une jurisprudence en pleine évolution, BS Lefebvre 2/1992, p. 83

J. M. BERAUD, « Maladie et perte d'emploi », droit Social 1991, p. 579

⁵⁹² Cass. Soc., 13 mars 2001, n° 99-40. 110, Bull. civ. V, n° 84

⁵⁹³ Cass. Soc., 5 mars 2003, n° 01-41. 872

⁵⁹⁴ Cass. Soc., 10 nov. 2004, n° 02-45. 156 et Cass. Soc., 8 déc. 2004, n° 02-46. 791

⁵⁹⁵ Cass. Soc., 6 oct. 2004, n° 02-44. 586

⁵⁹⁶ Voir en ce sens, F. PETIT, « Sur les clauses de garantie d'emploi », Dr. Soc., 2000, p. 80

réelle et sérieuse⁵⁹⁸. Concernant le régime juridique de la rupture, la jurisprudence considère que l'indemnité compensatrice de préavis n'est pas due, si le salarié n'est pas en mesure d'exécuter sa prestation⁵⁹⁹.

A contrario, la Cour de cassation⁶⁰⁰ est venue admettre que les indemnités légales et conventionnelles de licenciement étaient dues, lorsque l'employeur prend la responsabilité de rompre le contrat et qu'il se trouve seulement suspendu du fait de la maladie. En effet, si la rupture trouve sa cause dans la personne du salarié, la rupture résulte bien d'une décision de l'employeur dans le cadre de la mise en œuvre de son pouvoir de direction.⁶⁰¹

Les absences répétées, causées par la maladie, peuvent, elles aussi, justifier un licenciement.

b- Les absences répétées

314. Les conditions exigées par la jurisprudence, pour fonder la rupture, sont identiques à celles requises en cas de maladie prolongée⁶⁰². Il faut, donc, que la répétition des absences désorganise l'entreprise et perturbe son bon fonctionnement⁶⁰³ et la difficulté repose sur les éléments d'appréciation de la désorganisation de l'entreprise ; plusieurs critères sont là aussi retenus⁶⁰⁴. Ainsi, la fréquence et la durée des absences, peuvent caractériser l'entrave au bon fonctionnement de l'entreprise : il s'agira souvent d'absences longues et peu espacées dans le temps, l'employeur ne pouvant plus compter sur la collaboration efficiente et régulière du cadre. Cette circonstance oblige l'employeur à remplacer le cadre malade, et ce critère est primordial, surtout si le remplacement est nécessaire, définitif et effectif.

*

* *

315. Le cadre quasi-indépendant occupant « un poste clé » est, donc, difficilement, remplaçable et a ainsi « un droit » à l'absence pour maladie très réduit, qui accroît, d'autant, les difficultés recensées ci-dessus pour gérer son anxiété. En effet, la jurisprudence retiendra plus aisément la désorganisation de l'entreprise et une fois de plus, les contraintes

⁵⁹⁷ P. THEVENIN, « Le régime des clauses de garantie d'emploi (application aux cadres supérieurs et aux dirigeants salariés) », JCP, E, 16 décembre 1999

⁵⁹⁸ CA Montpellier, 12 novembre 1998, RJS 5/1999, n° 773

⁵⁹⁹ Cass. Soc., 4 juin 1998, Juris-Data n° 002820 ; Cass. Soc. 16 juin 1998, Juris-Data n° 002920 ; Cass. Soc., 5 octobre 1999, Juris-Data n° 003780

⁶⁰⁰ Cass. Soc., 21 avril 1988, Bull. civ. V, n° 250 ; Cass. Soc. 31 octobre 1989, Bull. civ. V, n° 630

⁶⁰¹ Cass. Soc., 4 mars 1998, RJS 4/1998, n° 449

⁶⁰² Cass. Soc., 6 juin 1984, JCP, E 1985, I, 14472, n° 9, observations B. TEYSSIE

⁶⁰³ M. C. HALLER, « Les absences du salarié doivent entraîner la nécessité de son remplacement définitif », Jurisprudence Sociale Lamy, 10 avril 2001

⁶⁰⁴ Cass. Soc., 11 décembre 1990, Bull. Civ. V, n° 637

Cass. Soc., 13 mars 2001, n° 99-40.110, arrêt n° 1036 FS-P+B+R

organisationnelles du cadre quasi-indépendant se rapprochent plus, de celles du travailleur indépendant, que de celles du salarié.

Mais s'il peine à organiser son temps de travail, le cadre connaît aussi des difficultés lorsqu'il s'agit de gérer son temps de repos.

B- La difficulté à organiser le temps de repos

La loi sur la réduction de la durée du travail a offert du temps libre aux salariés et elle a aussi légitimé un « certain droit à la paresse »⁶⁰⁵. La valeur « Travail » s'en trouve remise en cause⁶⁰⁶ et « le travail n'est plus un marqueur social ».

De son côté, le droit communautaire a beaucoup fait en faveur des temps de repos⁶⁰⁷ et la qualification des astreintes, a par exemple créé des difficultés, par rapport au temps de repos et aux forfaits jours (1).

La difficulté de gérer « son temps libre » amène aussi à s'interroger sur la possibilité d'un temps partiel du cadre (2).

1) La spécificité des astreintes

316 Les astreintes⁶⁰⁸, pratiquées essentiellement dans le secteur social et médico-social, s'entendent « *comme une période pendant laquelle le salarié, sans être à la disposition permanente et immédiate de l'employeur, a l'obligation de demeurer à son domicile ou à proximité afin d'être en mesure d'intervenir pour effectuer un travail au service de l'entreprise, la durée de cette intervention étant considérée comme un temps de travail effectif* »⁶⁰⁹.

Il résulte de cette définition, qu'il ne peut exister d'astreinte se déroulant au sein de l'entreprise. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 mars 1999⁶¹⁰ affirme que le temps de repos sur place, en chambre, pour une personne travaillant dans une maison de retraite, constitue du temps de travail effectif. La distinction opérée par la jurisprudence semble

⁶⁰⁵ J. JOLY, « 35 heures, qui veut encore travailler ? », L'Express, janvier 2002.

⁶⁰⁶ Voir en ce sens, P. YONNET, « Travail et loisir », Editions Gallimard 1999

Le rôle social des loisirs est au centre du livre de P. YONNET qui se livre à une vaste réflexion à propos de l'importance des loisirs dans la reconstitution du lien social à l'heure où la famille, le religion, le travail et la politique... tout ce qui contribuait à maintenir une certaine unité sociale a perdu ce rôle fédérateur de cohésion.

⁶⁰⁷ B. BERCUSSON, « Les temps communautaires », Dr. Social, mars 2000

⁶⁰⁸ M. MORAND, « L'astreinte n'est pas de tout repos ! » Semaine sociale Lamy, juillet 2002

⁶⁰⁹ En vertu de l'article L. 212-4 du Code du travail

⁶¹⁰ Cass. Soc. , 9 mars 1999, n° 96-45. 509P, Juris Actua. n° 623 du 22 mars 1999

reposer sur le degré du lien de subordination du cadre ; a priori, lorsque le cadre est présent dans l'entreprise et qu'il peut être, sur le champ, à la disposition de l'employeur, le temps sera qualifié de temps de travail effectif ; a contrario, quand le cadre ne se trouve pas physiquement dans l'entreprise, on retiendra une astreinte⁶¹¹.

La séparation entre temps de travail / temps de repos / astreinte soulève, cependant, des interrogations car l'astreinte n'est qualifiée de travail effectif qu'en cas d'intervention du salarié ; à défaut, elle a un régime propre et fait l'objet d'une compensation, financière ou sous forme de repos. La Cour de cassation a ainsi estimé⁶¹² que si les astreintes ne constituent pas un temps de travail effectif, « *elles... ne peuvent être considérées comme du temps de repos, lequel suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle.* »

317. La loi FILLON⁶¹³ a apporté, quant à elle, des précisions au régime de l'astreinte mais le nouvel article L. 212-4 bis du Code du travail ne qualifie pas l'astreinte de repos et il se contente d'imputer le temps d'astreinte sur le temps de repos. Par cette nouvelle définition, il semblerait que le législateur ait pris acte de la directive communautaire, du 23 novembre 1993, en adoptant une vision pragmatique et binaire du temps, travail ou repos⁶¹⁴ et en renforçant le droit à la santé et à la sécurité^{615 616}.

Il demeure une difficulté pour interpréter l'expression, utilisée fréquemment par la jurisprudence : « un temps sans pouvoir vaquer à des occupations personnelles ». Cette formule, inspirée de l'application prétorienne, définit un critère essentiel mais on peut imaginer autant de lectures de cette phrase que de conceptions.

Cette conception peut cependant être réductrice ; en effet, en mars 2002, 33 % des cadres français disaient travailler, souvent, en prenant sur leur temps personnel, en dehors des

⁶¹¹ Voir en ce sens M. MORAND, « Temps de présence, temps d'équivalence et droit communautaire », SSL octobre 2003

⁶¹² Cass. Soc., 10 juillet 2002, D. 2002. 3110, obs. T. MONTPEYSEN

⁶¹³ Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003 : elle a rajouté au premier alinéa de l'article L. 212-4 bis du Code du travail, une phase supplémentaire : « *Exception faite de la durée d'intervention, la période d'astreinte est décomptée dans les durées minimales aux articles L. 220-1 et L. 221-4* »

⁶¹⁴ F. FAVENEC-HERY, « Mutations dans le droit de la durée du travail », Droit Social janvier 2003

⁶¹⁵ Précisons également qu'une Directive du Parlement et du Conseil UE 2003/88/CE du 4 novembre 2003 abroge l'article 2 de celle de 1993 en introduisant la notion de temps de garde, temps hybride entre le travail effectif et le repos.

⁶¹⁶ CJCE, 3 oct. 2000, aff. 303/98, voir J. BARTHELEMY, Dr. Soc. 2001, p. 70

Au plan de la jurisprudence communautaire, le temps lié à la prestation effective de services de premiers soins doit être considéré comme temps de travail ; à l'inverse, pour les médecins de garde dans les hôpitaux espagnols assurant une présence physique dans l'établissement de santé, le CJCE applique le régime du temps de travail.

horaires de travail⁶¹⁷ : si l'on en arrive à la conclusion que le bureau et le domicile se confondent, la question des limites de la vie privée prend toute son importance⁶¹⁸. Certes, l'astreinte et le travail à domicile sont définis légalement mais, même sans être d'astreinte, le cadre va répondre sur son téléphone mobile, et poursuivre chez lui les recherches, commencées au bureau, sans être, pour autant, un travailleur à domicile⁶¹⁹.

Enfin, qu'en est-il d'un cadre à qui l'on demande d'effectuer l'astreinte dans un autre lieu que son domicile ? C'est à cette question que la chambre Sociale a répondu le 2 juin 2004⁶²⁰, considérant comme du travail effectif une astreinte accomplie « *dans des locaux déterminés par l'employeur* ».

Par conséquent, l'astreinte étant source de complexité, le droit communautaire (a) comme la doctrine (b) se sont efforcés de préciser la notion.

a- L'influence du droit communautaire

318. Tout d'abord, la directive européenne du 23 novembre 1993 s'est révélée, en ce qui concerne le repos, beaucoup plus précise et plus exigeante que notre droit national. Ce texte, qui concerne⁶²¹ certains aspects de l'aménagement du temps de travail, fixe des prescriptions minimales de sécurité et de santé, dont un droit au repos journalier de 11 heures consécutives et un droit au repos hebdomadaire de 24 heures consécutives. Il établit également une durée maximale hebdomadaire de travail et un congé annuel d'au moins quatre semaines. En ce sens, la directive, transposée par les lois AUBRY I et AUBRY II, participe à l'amélioration des conditions de travail⁶²².

L'article 17.1 de cette même directive précise que « *les cadres dirigeants ou d'autres personnes ayant un pouvoir de décision autonome* » peuvent exceptionnellement, être

⁶¹⁷ Données recueillies par le CEGOS

⁶¹⁸ Ut Infra

⁶¹⁹ CA de Versailles, 12 février 2003, RJS 11/03, n° 1344

Alors qu'une note de service interdisait tout accomplissement d'heures supplémentaires, un salarié est sanctionné pour avoir contrevenu à cet ordre mais la Cour d'appel constate que l'employeur sollicitait le salarié tôt le matin, lui donnant des démarches à effectuer dans la soirée, le plus souvent dans l'urgence et de manière continue.

⁶²⁰ Cass. Soc., 2 juin 2004, n° 02-41. 618 P : le directeur-adjoint d'un institut médico-éducatif devait en l'espèce effectuer des permanences non à son domicile, mais dans un studio qu'il occupait avec son épouse et où il avait placé des meubles lui appartenant.

⁶²¹ Directive du 23 novembre 1993, JOCE n° 307 du 13 décembre 1999. Cette directive a été adoptée, avec abstention du Royaume-Uni, sous l'impulsion de la Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs du 9 décembre 1989, qui évoque un rapprochement dans le progrès des conditions de vie et de travail des travailleurs notamment pour la « durée et l'aménagement du travail ».

L'article 8 de la Charte précise également que « tout travailleur de la Communauté a droit au repos hebdomadaire et à un congé annuel payé dont les durées doivent être rapprochées dans le progrès, conformément aux pratiques nationales. »

⁶²² Elle est, notamment, à l'origine de l'instauration d'un droit au repos quotidien en droit français : article L. 220-1 et L. 220-2 du Code du travail

exemptés des dispositions de l'article concernant l'horaire hebdomadaire maximum de 48 heures. Cette précision renvoie implicitement au droit français, qui exclut les cadres dirigeants de la réduction du temps de travail.

Quant au temps de travail et au temps de repos, la directive définit la période de repos comme toute période qui n'est pas du temps de travail. Les astreintes⁶²³ soulèvent, alors, quelques problèmes, car si le travailleur n'intervient pas activement pour effectuer un travail au service de l'entreprise, il a évidemment l'obligation d'être en mesure d'intervenir à tout moment, même s'il ne se tient pas à la disposition permanente et immédiate de l'employeur. Dans l'optique communautaire, le temps de travail relève de la santé et de la sécurité au travail, en conséquence, pour déterminer si l'astreinte est assimilée à du temps de travail, il faut évaluer son impact concret sur la santé du travailleur, y compris son bien-être social et psychologique.

Cette problématique du temps de repos a suscité également en doctrine, de nombreux travaux.

*b- Les réflexions de la doctrine sur le repos*⁶²⁴

319. L'évolution de la nature même du travail, a donné lieu à l'incorporation dans la vie du travail d'autres éléments : les trajets⁶²⁵, la formation professionnelle, la préparation et le travail à domicile, facilités par les NTIC.

Le Droit Communautaire n'autorise ni les Etats membres, ni les employeurs à définir unilatéralement ce qu'est le travail, car il est couvert par les principes de protection de la santé et de la sécurité : en conséquence, le temps de repos n'est pas défini autrement que de manière négative, c'est un temps de non-travail effectif.

Certains auteurs critiquent cette définition du repos⁶²⁶ par défaut, considérant qu'elle aurait dû être positive car le temps de repos n'est pas seulement l'envers du temps de travail, il est un droit et même un droit fondamental de l'homme, en outre, pour eux, la définition aurait dû insister sur la liberté dont jouit le salarié pendant le temps de repos. Certes, la période de travail, même si elle ne fait pas disparaître toute vie personnelle du salarié et lui assure le maintien de ses droits fondamentaux, est marquée par le lien de subordination, et pour un cadre quasi-indépendant, la période du repos est proche de la vie du travail, car l'influence de

⁶²³ Ur supra

⁶²⁴ F. MOREL, « Travail et repos : quelle articulation entre le droit communautaire et le droit national ? » Dr. Soc. 2004, p. 142

⁶²⁵ Voir en ce sens les dispositions de la loi n° 2005-32 du 18 janv. 2005 codifiées à l'article L. 212-4 du Code du travail où le législateur exclut les temps de déplacement professionnel du travail effectif, mais pouvant faire l'objet d'une contrepartie.

⁶²⁶ P. WAQUET, « Le temps de repos », Dr. Social, mars 2000

l'entreprise est présente et le cadre a toujours dans l'esprit les objectifs qu'il doit réaliser. Toutefois, si la liberté est toujours enserrée dans un conditionnement social et personnel, il n'en reste pas moins que l'emploi du temps de repos doit dépendre du choix exclusif du salarié : « *qu'il dorme ou qu'il s'active, c'est son affaire* ». ⁶²⁷

*

* *

320. De fait, le droit communautaire est venu encadrer le droit au repos en reprenant des principes fondamentaux, mais le cadre quasi-indépendant, comme l'on a pu le voir, est entre « deux eaux » : il a droit au repos certes, mais sa charge de travail ne diminuera pas, voire s'aggravera, avec le phénomène d'accumulation ; la maîtrise dans la gestion de son temps est donc très théorique. Ainsi, à ce niveau de réflexion, l'on peut s'interroger sur la faisabilité, pour le cadre, d'une activité à temps partiel ⁶²⁸.

2) L'utopie d'un temps partiel pour le cadre

321. Avec l'avènement de la société du temps libre, des loisirs, de l'épanouissement personnel de l'individu, et l'arrivée massive, sur le marché du travail, des femmes, l'on peut imaginer que nombre de femmes soient friandes d'un poste de haut niveau, à temps partiel, afin de garder de la disponibilité pour leurs obligations familiales ⁶²⁹. De même, l'accentuation du taux de chômage des cadres favorise les situations des cadres multi-employeurs ; enfin, lorsqu'une usine a recours au chômage partiel, les cadres de production sont eux aussi concernés.

322. Pour les raisons déjà évoquées, ce type de décompte du temps semble peu envisageable pour une personne soumise à des responsabilités, et porteuse de l'image de l'entreprise, mais il serait discriminatoire d'interdire, aux cadres quasi-indépendants, un choix de vie ouvert aux autres salariés. Le principe logique n'est donc pas l'exclusion, la qualité de

⁶²⁷ P. WAQUET, article précité

⁶²⁸ Voir en ce sens, D. FABRE, « Les cadres et le travail à temps partiel, un temps de travail difficilement compatible avec le statut de cadre » JCP, E, 1997, n° 24, p. 261

L'auteur montre même, que, « *à la limite d'être poussé au paradoxe, son affranchissement lui permettrait réputé à temps plein alors même qu'il aurait effectué un horaire bien inférieur à cette durée* ».

⁶²⁹ « Salaires des cadres 2003, hommes-femmes : à quand l'égalité ? », L'Express 4/9/2003

L'article montre à l'aide de statistiques que plus on monte dans la hiérarchie, plus le différentiel salarial est important : il atteint 24 % chez les cadres dirigeants. Cette discrimination salariale entre les sexes existe également chez nos voisins européens : Allemagne, Italie, Espagne, Grande Bretagne.

cadre ne pouvant interdire l'accès au travail à temps partiel⁶³⁰ ; toutefois, la difficulté réside dans le fait que la plupart des cadres et en particulier les quasi-indépendants, sont réputés affranchis de toute référence à un horaire particulier.

La notion de temps partiel renvoie souvent à la notion de temps « choisi », qui, elle-même, porte l'idée d'une plus grande autonomie du travailleur et doit donc contribuer au progrès social⁶³¹. La définition du temps partiel, instaurée par la Loi AUBRY du 19 janvier 2000 a redéfini ce dispositif comme « *la durée en dessous de la durée légale* ». Or, il n'existe pas de durée légale, journalière, hebdomadaire, mensuelle pour un cadre quasi-indépendant.

323. La loi⁶³² n'envisage pas expressément la possibilité de conclure des conventions de forfaits jours à temps partiels, c'est-à-dire pour un nombre de jours inférieur à celui d'un salarié à temps plein. La formule, qui consisterait à conclure un accord, avec un cadre, pour une durée du travail annuelle de 105 jours par exemple, semble donc difficile à mettre en pratique⁶³³, alors qu'une telle solution aurait pu correspondre à une formule de temps choisi, intéressant aussi bien l'entreprise que les salariés. En effet, s'il n'est pas exclu que l'accord, mettant en place le recours au forfait jours, envisage plusieurs types de forfaits, dont certains pourraient concerner un nombre de jours réduit, la loi n'envisage pas un travail à temps partiel exprimé en jours.

324. La Cour de Cassation n'a pourtant pas exclu la possibilité pour un cadre de convenir d'un forfait réduit ; en effet, la chambre Sociale⁶³⁴ indique que : « *en application de l'article*

⁶³⁰ Tout comme la seule qualité de cadre ne suffit pas à exclure le droit au paiement des heures supplémentaires : Cass. Soc., 23 juin 1994, Dr. Soc. 1994, p. 798

⁶³¹ J. BARTHELEMY, G. CETTE, « Le développement du temps vraiment « choisi » », Droit social, février 2002

⁶³² De même, si l'on se place avant la loi Aubry II, l'absence de réponse législative ou réglementaire à cette difficulté doit être signalée.

Seule la circulaire relative au temps réduit indemnisé temporairement (Circ. CDE, n° 94-34, 29 juill. 1994 : BETR 94 / 16, p. 159) précise : « *les cadres ne sont pas exclus à priori du champ du TRILD dès lors qu'ils sont concernés par les réductions d'horaires ; dans ce cas, l'organisation de ces dernières doit permettre de garantir une diminution effective de la durée du travail* ».

De même, une lettre ACOSS du 19 mars 1993, au visa de la circulaire interministérielle du 24 février 1993 concernant les gérants minoritaires, confirme le droit de l'ensemble des dirigeants de société au bénéfice de l'abattement de cotisations patronales pour les emplois à temps partiel, dès lors que ces dirigeants cumuleraient contrat de travail et mandat.

⁶³³ Voir en ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? » Editions Liaisons, septembre 2003

« L'apport de droit de la durée du travail au régime des cadres », Liaisons sociales magazine, octobre 2003

⁶³⁴ Cass. Soc., 9 juillet 2003, n° 01-42. 451, Dr. Soc. 2003, p. 1019, obs. F. FAVENNEC-HERY

Une accompagnatrice interprète était chargée d'effectuer des missions ponctuelles d'accueil de personnalités étrangères. A la suite d'un accord de RTT prévoyant pour ces cadres l'établissement d'un forfait jours, l'employeur propose à sa salariée un avenant à son contrat de travail formalisant la pratique d'un forfait annuel de jours travaillés. Elle conteste alors sa qualité de salariée à temps partiel, faute d'indication dans son contrat de travail, non seulement de la durée du travail convenue mais aussi de sa répartition sur les jours de la semaine ou les semaines du mois. L'interprète soulevait l'incompatibilité de la convention de forfait jours annuel et du droit du travail à temps partiel qui exige l'indication précise de la répartition de la durée du travail entre les jours de la

L. 212-15-III du Code du travail, une convention de forfait en jours peut être conclue pour certains cadres pour un nombre de jours inférieur au plafond de 217 jours⁶³⁵ prévu par ce texte. »

325. Dès lors, juridiquement, tout semble possible, mais la réponse à une réelle compatibilité, de deux dispositifs a priori antinomiques, n'est pas donnée par la Cour de cassation⁶³⁶ et la doctrine, quant à elle, n'est pas convaincue de la possibilité d'une telle combinaison⁶³⁷.

Il convient d'en déduire que l'usage des formules de travail à temps partiel, telles que, par exemple, un congé parental à temps partiel, est incompatible avec la conclusion d'une convention de forfait en jours. La prise d'un tel congé suppose donc la suspension de la convention de forfait pendant son exercice, pour le retour à une durée du travail exprimée en heures. L'hypothèse d'un temps partiel pour un cadre quasi-indépendant semble manifestement dénuée de sens, car une même personne, pour accomplir une mission identique, pourra utiliser un budget temps, allant du simple au double. Dès lors que le décompte est impossible pour du travail intellectuel, l'application d'un temps partiel devient problématique. De même, sur le plan sociologique, il paraît incohérent qu'une personne dotée de responsabilités, ou dirigeant une équipe, puisse partager son temps de travail avec une autre personne.

De fait, les cadres bénéficiant d'un forfait jours réduit ne peuvent pas s'intégrer dans le champ d'application des salariés à temps partiel⁶³⁸ ou du temps vraiment choisi⁶³⁹ et nous

semaine ou les semaines du mois. Pour elle, proposer une convention de 138 jours annuels est incompatible avec le maintien d'un contrat de travail à temps partiel. Le contrat est-il un contrat de travail à temps partiel ou un contrat de travail à temps complet ? La solution est alors d'ordre conventionnel puisque l'accord collectif et le contrat de travail peuvent fixer une durée conventionnelle de travail en jours ou une concordance entre jours et heures.

⁶³⁵ Notons à ce titre, que fixé initialement à 217 jours, le nombre maximal de jours pouvant être travaillés dans le cadre d'un forfait annuel en jours a été relevé à 218 jours pour tenir compte de la journée de solidarité.

⁶³⁶ Voir en ce sens, M. MORAND, « Durée du travail : le juge s'en mêle, s'emmêle et démêle », Semaine Sociale Lamy, 18 octobre 2004

« Les cadres de l'article L. 212-15-III se caractérisent, au contraire, par une organisation horaire qui ne peut être prédéterminée, ce qui, par définition, paraît les situer en dehors des dispositions relatives au temps partiel »

⁶³⁷ Cf. T. VIALA « Le forfait réduit en jours des cadres », Travail et Protection sociale, juillet 2001

« Si des similitudes peuvent être relevées entre le forfait réduit en jours des cadres et le travail à temps partiel, ces deux dispositifs demeurent autonomes et aucune transposition n'est possible. Le régime du forfait réduit en jours ne pourra résulter que de la négociation. »

Voir également, A. TEISSIER, « Le droit de la durée du travail des cadres au forfait en jours », JCP, E, 21 novembre 2002

⁶³⁸ A contrario, le temps partiel est compatible avec la protection sociale complémentaire du cadre, voir en ce sens, P. COURSIER « Un temps de travail compatible avec la protection sociale complémentaire du cadre », JCP, E, 1997, n° 24, p. 263

Le régime de retraite des cadres AGIRC, issu de la convention collective nationale du 14 mars 1947 énonce bon nombre de dispositions propres au temps partiel. En effet, une définition du travail à temps partiel est donnée ; concernant le plafond de sécurité sociale applicable au calcul des cotisations, le régime AGIRC se montre tout

cernons bien les difficultés pour l'employeur dans la mise en place d'un tel dispositif. En effet, l'autonomie du cadre dans l'organisation de son temps de travail ne s'harmonise pas avec une préprogrammation de la répartition de la durée du travail -mention pourtant obligatoire dans une activité à temps partiel- Ainsi, les dispositifs en matière de temps partiel, se révèlent-ils incongrus pour une population de cadres quasi-indépendants.

*

* *

326. A l'évidence, prendre ses jours de RTT, réduire son temps de travail, voire tomber malade, sont des événements peu conciliables, avec les fonctions de cadre quasi-indépendants qui supposent une obligation de disponibilité permanente, liée à une obligation de résultat. La liberté dans la gestion du temps relève davantage, pour le cadre, de l'emprisonnement que de la libération. De plus, le temps de travail n'a plus pour objectif essentiel de quantifier et d'évaluer le travail des cadres ; car les notions de temps de travail, rémunération, durée du travail et évaluation du salarié sont largement déconnectées.

Or, le droit de la durée du travail a deux missions essentielles à remplir, dans la conception du droit européen : protéger la santé du cadre et garantir ses libertés individuelles. L'impératif de santé au travail, au sens de la directive communautaire du 23 novembre 1993, renvoie à des problématiques de durée du travail des cadres : la durée maximale du travail, le droit au repos et la charge de travail. Ces trois approches reposent sur des limitations quantitatives, ancrées dans une approche classique du droit de la durée du travail, visant à la protection du travailleur ; or, les orientations contemporaines prises par le législateur français, sont très éloignées de cette approche.

327. La conformité de notre législation aux exigences communautaires est, dès lors, très discutable, car, si le droit communautaire admet des dérogations aux règles posées par la directive, notamment pour les cadres dirigeants, ces exceptions ne sont reçues qu'à condition de respecter les principes généraux de protection de la sécurité et de la santé des travailleurs.

Il existe une véritable incompatibilité, entre l'objectif communautaire de protection, et la démarche française d'inspiration gestionnaire, du droit de la durée du travail des cadres,

aussi réaliste que le régime légal ; enfin les salariés concernés par le passage d'une activité à temps plein à un travail à temps partiel font l'objet de dispositions particulières.

⁶³⁹ F. FAVENNEC-HERY, « Le temps vraiment choisi », Droit social, mars 2000

laquelle a perdu de vue les protections minimales relevant de la santé, nécessaires pour tous, y compris les cadres quasi-indépendants⁶⁴⁰.

De la même manière, la protection des libertés individuelles n'est pas assurée ; les cadres « tiraillés » entre leur vie personnelle et leur vie professionnelle, sont à la recherche d'un équilibre impossible, avec une frontière devenue encore plus floue avec l'apparition des NTIC.

II- L'apport des NTIC : un progrès, source de dangers

328. Avec l'émergence des outils de communication, (téléphone mobile, mail, agenda électronique et ordinateur portable), l'organisation du travail s'est paradoxalement complexifiée⁶⁴¹. Les cadres sont submergés par une déferlante quotidienne d'informations et de messages qui les conduits à « zapper » entre deux tâches, deux interlocuteurs, deux pseudo-urgences, et d'aucuns y voient un facteur de stress, voire une perte de temps. L'opinion des cadres, concernant les NTIC, est dès lors partagée : tout en montrant une adhésion forte à l'apport des NTIC dans l'amélioration de l'organisation de leur travail, les cadres adoptent une attitude prudente et partagée sur les effets négatifs mais ils sont nombreux à penser que les NTIC, peuvent être source de marginalisation et d'exclusion et, par conséquent, facteur d'isolement au travail. De même, les NTIC créent une anxiété supplémentaire dans le travail quotidien, réduisant la séparation entre la vie professionnelle et la vie privée.

Le paradoxe des NTIC est, donc, d'apporter, liberté et progrès, mais aussi « asservissement et déshumanisation des relations sociales⁶⁴². ».

La France n'est pas le seul pays à réfléchir à ces questions ; l'Espagne, l'Allemagne ou encore la Grande-Bretagne, s'interrogent sur l'impact de l'Internet au sein de l'entreprise et la

⁶⁴⁰ Voir en ce sens, l'opinion de J. BARTHELEMY, « Droit de la durée du travail, temps de travail, aménagement, 35 heures », Editions Litec, 1998.

L'auteur critique le droit français de la durée du travail et trouve incohérent d'exclure les cadres dirigeants de la durée maximale du travail, comme du droit au repos minimum.

⁶⁴¹ Voir en ce sens, J. P. LE GOFF, « Les illusions du management, pour le retour du bon sens, mal être dans les organisations », Ed. De la découverte/Poche 2000

Le livre s'appuie sur des enquêtes auprès d'ingénieurs et de cadres dans de grandes entreprises industrielles.

L'activité de management suscite des relations et une ambiance de travail qui sont déterminantes dans la bonne marche de la production. L'auteur part d'un constat amer : le management est en crise ; on assiste à l'échec des outils et des techniques mis en place concernant la communication et la mobilisation

⁶⁴² Voir, I. de BENALCAZAR « Droit du travail et nouvelles technologies », Ed. Montchrestien, 2003, 154 pages.

manière de reconnaître l'existence d'une sphère personnelle sur son lieu de travail ; la Belgique, quant à elle, a légiféré en la matière⁶⁴³.

Si les NTIC constituent pour les cadres, un puissant instrument d'autonomisation, elles les exposent à de nouveaux risques technologiques qui peuvent se traduire par une plus grande dépendance à l'égard de l'employeur et par des effets néfastes (A) ; en réaction, le droit a mis en place des moyens (B).

A- Les contraintes créées par les NTIC

329. L'arrivée massive des NTIC a métamorphosé les rapports de la relation de travail et notamment le lien de subordination. Traditionnellement, le lien de subordination était caractérisé par l'exercice direct de l'autorité et du contrôle de l'employeur sur ses collaborateurs ou ses salariés. Aujourd'hui, cette conception est toujours vraie pour les ouvriers travaillant en usine, dans le même lieu que leur supérieur, et qui, quand ils rentrent chez eux, coupent tout lien avec l'entreprise. Mais pour beaucoup de cadres, le téléphone, l'ordinateur portable, Internet et les messageries électroniques sont un fil conducteur, qui relie le bureau à la maison et qui rendent ainsi le cadre joignable 24 heures/24⁶⁴⁴.

Ainsi, le don d'ordinateurs à l'ensemble des cadres, avec abonnement gratuit à Internet, encouragé par les pouvoirs publics, est une invitation à la délocalisation géographique et temporelle d'un travail, devenu de plus en plus stressant, assorti de son corollaire, l'obligation de résultat.

J.E. RAY, spécialiste en la matière, résume clairement les effets des NTIC sur les cadres⁶⁴⁵ « *Pour nombre de cadres en particulier, le ci-devant ordinateur portable valorisant et porteur d'identité, ludique, libertaire sinon libéral faisant de son propriétaire un habitant du « village mondial » décrit il y a trente ans par Mac Luhan, se transforme aujourd'hui en un lourd, omniprésent et encombrant instrument d'un travail sans limite, en laisse électronique contraignant à confondre vie privée et vie professionnelle, bref en télédisponibilité* ».

⁶⁴³ La Belgique a pris un Arrêté royal le 12 juin 2002 relatif à la protection de la vie privée des travailleurs à l'égard du contrôle des données de communication électroniques en réseau.

⁶⁴⁴ Cf J. E. RAY, « Géolocalisation, données personnelles, et droit du travail », Droit Social, décembre 2004, p. 1077. « *La subordination n'est donc plus ce qu'elle était : de l'agent de maîtrise visible surveillant les bras dans son atelier mais prêt à nombre de micro-négociation, l'on est passé à la plus discrète vidéo-surveillance dans l'entreprise, puis à la géolocalisation sans frontière géographique ni temporelle, à la fois invisible, jamais fatiguée et à la mémoire d'ordinateur.* »

⁶⁴⁵ J. E. RAY, « De la sub/ordination à la sub/organisation », Droit Social, janvier 2002

L'on aboutit donc à une situation paradoxale : si les NTIC permettent une autonomie accrue et par là-même, la dissipation du lien de subordination, elles permettent aussi d'être joignable en permanence de rester à la disposition de l'entreprise mais aussi du client. Ce paradoxe conduit, donc, à rechercher les risques courus, à la fois, par les cadres (1), et par les entreprises (2).

1) Les risques encourus par les cadres

Les NTIC amplifient la confusion entre travail et vie privée (a) et peuvent, par ailleurs, créer des troubles de santé (b).

a- L'immixtion du travail dans la vie privée

330. Les contraintes engendrées par les NTIC résultent, souvent, des relations entre le cadre quasi-indépendant et ses propres « clients », qui, bien souvent, disposent de son numéro de téléphone portable et se permettent, alors, de le joindre à leur guise, hors des périodes de travail, y compris le dimanche. Ainsi, la pression est omniprésente et bilatérale : d'un côté l'obligation de résultat imposée aux cadres quasi-indépendants par l'entreprise, et de l'autre l'obligation de disponibilité dans les relations avec les clients. Ces deux contraintes qui relèvent ordinairement du statut du travailleur indépendant, touchent donc les cadres dotés d'autonomie, en marge des clivages juridiques. Les ordinateurs, Internet, messageries électroniques, à l'origine de cette banalisation du lien bureau/domicile, se sont rapidement vulgarisés et on n'imagine mal, aujourd'hui, un cadre non équipé de matériel informatique.

331. Du reste, la plupart des entreprises offrent, aux cadres, des ordinateurs portables pour leur « faciliter » les déplacements et améliorer leur organisation, ces dons étant la matérialisation du devoir de l'entreprise de maintenir l'employabilité de ses salariés. A ce titre, l'on peut constater que rares sont les cadres qui disposent d'un secrétariat personnel, la plupart partageant une assistante avec d'autres cadres. Les causes de cette évolution sont doubles : d'une part, l'outil informatique est désormais maîtrisé par le cadre, et d'autre part, le passage aux 35 heures a entraîné une réorganisation des services, ce qui oblige le cadre à internaliser certaines tâches, à défaut de disposer, en continu, des collaborateurs nécessaires.

Ainsi, l'introduction des technologies de l'information et de la communication dans le monde du travail nécessite, et favorise, une plus grande compétence et une indépendance accrue des cadres, au prix de la disponibilité.

332. L'immixtion du travail dans la vie personnelle du cadre risque de constituer une atteinte à sa vie privée, mais aussi à son droit au repos quotidien et hebdomadaire, rendant

difficile la délimitation du temps de travail^{646 647}. L'employeur ne devrait, pourtant, pas ignorer le cadre légal du travail, notamment les dispositions applicables au repos quotidien de 11 heures consécutives, durant lequel le cadre ne peut être ni en situation de travail effectif, ni en situation d'astreinte. La Cour de cassation a, du reste, précisé, dans une décision du 10 juillet 2002⁶⁴⁸, que le temps de repos « *suppose que le salarié soit totalement dispensé directement ou indirectement, sauf cas exceptionnels, d'accomplir pour son employeur une prestation de travail même si elle n'est qu'éventuelle ou occasionnelle.* » Le salarié peut donc s'appuyer sur ces garanties légales pour bénéficier d'un réel droit à la déconnexion, permettant de sauvegarder le respect de sa sphère personnelle.

Il n'en demeure pas moins que les technologies de l'information peuvent conduire à réduire ce temps de repos, le salarié pouvant être joint à tout moment par le biais du téléphone portable et même décider de faire transférer ses mails professionnels vers son domicile. La convergence des techniques rendra cette évolution encore plus inéluctable, notamment lorsque le cadre pourra, en tout lieu, lire ses messages professionnels sur son téléphone portable⁶⁴⁹. Cette intrusion dans la sphère personnelle se fait souvent, de manière spontanée, en provenance de l'employeur, mais aussi des collègues du salarié ou des clients de l'entreprise.

333. Aussi, certains auteurs proposent-ils d'instaurer un « droit à l'isolement »⁶⁵⁰ ou un droit à se déconnecter⁶⁵¹ pour que ce droit au repos soit respecté, car l'impact des NTIC peut nuire à l'état de santé du cadre.

b- L'atteinte à la santé psychique et physique

334. L'usage intensif de l'outil informatique crée, en effet, de nouveaux troubles : fatigue visuelle, douleurs dorsales liées à une mauvaise ergonomie au travail, etc... On peut également considérer que l'accélération de la circulation de l'information, directement induite par l'usage des technologies de l'information et de la communication, renforce la soumission du salarié au sentiment de stress. Or, l'impact de ces phénomènes nouveaux n'est pas mesuré avec précision et on sait aujourd'hui que l'anxiété professionnelle peut « tuer » mais, dans la

⁶⁴⁶ Voir en ce sens, J. E. RAY, « Temps professionnel et temps personnels », Dr. Soc. , Janvier 2004

⁶⁴⁷ I. de BENALCAZAR, « Le salarié est-il victime des nouvelles technologies ? », Travail et protection sociale, mai 2001

« Le licenciement d'un salarié suite à l'envoi d'un courrier électronique à caractère privé », TPS 2001, chron. 1
« Traitement des données informatiques à caractère personnel au regard du droit du travail », TPS 2002, chron. N°5

⁶⁴⁸ Cass. Soc., 10 juillet 2002, RJS, octobre 2002

⁶⁴⁹ Voir également les nouveaux tel-ordinateur « Blackberry » dont disposent certains cadres quasi-indépendants et qui vont augmenter la dépendance de ces cadres.

⁶⁵⁰ Y. LASFARGUE

⁶⁵¹ J.E. RAY, « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », 4^{ème} édition Ed. Liaisons, février 2005

mesure, où il s'agit de phénomènes psychologiques, le Droit n'a pas sa place, notamment lorsqu'il s'agit de déterminer la qualification professionnelle du décès.

Quelques éléments statistiques permettent de mesurer le degré d'exposition des cadres à ces risques nouveaux. Une étude réalisée par l'INSEE en 2001, a ainsi démontré, que 90 % des cadres travaillent aujourd'hui sur écran et 60 % disposent d'un ordinateur à domicile, ce qui renforce les risques d'interférences entre temps de travail et temps de repos. Les nouvelles technologies participent manifestement à l'implication des cadres dans leur travail. Il faut donc trouver un équilibre afin de concilier respect de la vie personnelle du cadre et les intérêts de l'entreprise.

Pour cette dernière, le bilan des NTIC n'est, d'ailleurs, pas uniquement positif, car elles permettent au cadre de s'affranchir largement du contrôle patronal, que ce soit sur le travail ou sur l'information diffusée.

2) Les risques encourus par les entreprises

~~335~~ Aujourd'hui, il paraît inconcevable, voire archaïque, que des entreprises ne mettent pas à la disposition de leurs cadres une messagerie électronique ; chaque cadre peut alors utiliser individuellement sa messagerie grâce à une adresse libellée à son nom. Si l'utilisation de la correspondance électronique, et même généralement de l'Internet, est à l'évidence réservée à des fins professionnelles, il est admis que le salarié en fasse occasionnellement un usage privé⁶⁵². Certaines entreprises tolèrent cette pratique à la condition toutefois de conserver un œil sur les messages échangés^{653 654}.

L'interception des courriers électroniques répond généralement au souci légitime de protéger les intérêts de l'entreprise. Il s'agit de veiller à ce que des informations confidentielles, concernant l'entreprise, ne soient pas transmises par ce biais, de traquer les virus susceptibles d'infiltrer le système informatique, ou encore d'éviter que la messagerie ne véhicule des messages pornographiques ou racistes de nature à exposer l'employeur à des poursuites pénales.

⁶⁵² M. P. FENOLL-TROUSSEAU, G. HASS, « La cybersurveillance dans l'entreprise et le droit », Litec, 2002
A. Lucas, J. DEVEZE, J. FRAYSSINET, « Droit de l'informatique et de l'Internet », collec. Thémis, Droit privé, PUF, 2001

⁶⁵³ A. de SENG, « Libres propos concernant l'usage de la messagerie électronique professionnelle par les salariés », Droit ouvrier 2001, p. 65

⁶⁵⁴ B. BOSSU, « Nouvelles technologies et protection du salarié », RJS 8-9/01, p. 663

336 Un contrôle par l'employeur est nécessaire car s'il entre dans son pouvoir de direction de surveiller l'activité professionnelle de ses collaborateurs, il a également le devoir de sauvegarder l'intégrité des réseaux de communication (virus, secret des fichiers).⁶⁵⁵

Dès lors, l'autonomie apportée par les NTIC rend peu à peu la conception classique du lien de subordination obsolète.⁶⁵⁶ En effet, le travail salarié est traditionnellement marqué par le rapport de subordination qui existe entre le salarié et l'employeur et ce rapport d'autorité s'inscrivait jusqu'à présent, dans un cadre strictement délimité autour du lieu et du temps de travail. Or, les technologies de l'information modifient cette vision traditionnelle du travail sur deux points principaux⁶⁵⁷ :

- d'abord, le développement de ces outils au sein de l'entreprise accompagne les changements de fonctionnement de celle-ci et son éloignement du modèle taylorien. Dès lors, l'activité du cadre s'oriente vers la production d'un capital immatériel lié à la connaissance, son travail s'organise autour de missions à accomplir, qui le rendent autonome et de moins en moins inséré dans une organisation pyramidale et bureaucratique. Les nouvelles technologies accentuent ce phénomène, en facilitant la réorganisation, par un système d'information adapté et des outils de mobilité.
- ensuite, les nouvelles technologies bouleversent les modes de diffusion des informations et les modes de commandement à l'intérieur des organisations. Le courrier électronique affecte notamment, la structure pyramidale autour de laquelle s'articulait le circuit des informations.

Les risques, entraînés par les NTIC, sont donc réels pour les deux co-contractants de la relation de travail ; une intervention du droit est inévitable.

B- Les premières réponses juridiques du droit positif

La loi et la jurisprudence sont venues instaurer des limites aux difficultés engendrées par les NTIC (1), leur contenu se matérialisant dans différentes normes juridiques (2).

1) Les dispositions légales et jurisprudentielles

⁶⁵⁵ S. DARMAISIN, « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », Dr. Soc. 2000, p. 580

⁶⁵⁶ J. E. RAY, « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », Dr. Social, juin 1992

« De germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère de contrat de travail », Dr. Social, 1995, p. 634

a- L'œuvre de la loi

337. Il existe principalement deux procédés de surveillance : l'autocommutateur et le logiciel de filtrage. La CNIL a défini l'autocommutateur « *comme étant un dispositif qui permet d'acheminer et de répartir les communications entre plusieurs lignes téléphoniques et l'employeur doit déclarer ce procédé et informer ses salariés de son installation, comme l'exige la loi du 31 décembre 1992* »⁶⁵⁸. Pour le logiciel de filtrage, cette obligation de déclaration n'est pas encore imposée, au moins par la Cour de cassation, en matière d'installation de logiciel de filtrage, appelé aussi fichiers de journalisation. Ces fichiers, lorsqu'ils sont associés à un traitement informatisé, n'ont pas, en tant que tels, à faire l'objet des formalités déclaratives mais ils doivent être portés à la connaissance de la CNIL au titre des mesures de sécurité⁶⁵⁹. En revanche, la collecte d'informations individuelles, poste par poste, avec comme finalité le contrôle de l'activité des utilisateurs, implique une déclaration. En tout état de cause, il convient d'informer préalablement les instances représentatives et les salariés de l'existence de ces fichiers.

Mais ce contrôle se heurte au respect de plusieurs droits essentiels : le secret des correspondances, le respect de la vie privée (art. 9 Code Civil.)⁶⁶⁰ et la liberté d'expression⁶⁶¹.

-Tout d'abord, le recours aux NTIC comme moyen de surveillance de l'activité des salariés nécessite la consultation préalable des IRP ou, à défaut, des salariés eux-mêmes.⁶⁶²

-De plus, l'article 25 de la loi⁶⁶³ « Informatique et libertés du 6 janvier 1978 » prévoit que « la collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite ».

Désormais, cette loi a été remaniée, non seulement par la loi spécifique du 9 juillet 2004⁶⁶⁴, mais aussi par la loi du 6 août 2004⁶⁶⁵ « relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, modifiant la loi de 1978 »⁶⁶⁶.

⁶⁵⁷ J. PERU-GIROTTE, « Mutations technologiques et contrat de travail », Droit Ouvrier janvier 1996

⁶⁵⁸ Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 et circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives aux libertés individuelles.

J.E. RAY, « Une loi macédonienne. Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », Dr. Soc. 1993, p. 103

⁶⁵⁹ A. MOLE, « Le rapport de la CNIL sur la cybersurveillance des salariés : lutter contre les idées fausses », Gaz. Pal. 17-18 avril 2002, p. 21

⁶⁶⁰ I. de BENALCAZAR, « Traitement des données informatiques à caractère personnel au regard du droit du travail », Travail et Protection Sociale, avril 2002

⁶⁶¹ B. BOUDIN, « Courrier (E-mail) et liberté de communication, Semaine Sociale Lamy, 6 mai 2002

⁶⁶² Voir en ce sens la directive CE n° 91/533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer les travailleurs des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail.

⁶⁶³ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »

⁶⁶⁴ Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004

⁶⁶⁵ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004

⁶⁶⁶ Voir en ce sens, S. VULLIET-TAVERNIER, « Après la loi du 6 août 2004 : nouvelle loi informatique et libertés, nouvelle CNIL ? », Droit Social, décembre 2004, p. 1055

-De même, la loi du 31 décembre 1992 relative aux libertés individuelles⁶⁶⁷ dans l'entreprise pose un certain nombre de principes dont les plus importants sont ceux de loyauté et de proportionnalité⁶⁶⁸. Cette loi, insérée dans le Code du travail, instaure une règle fondamentale⁶⁶⁹ : « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* » Ainsi, l'utilisation de procédés techniques de surveillance doit être justifiée par un intérêt légitime prépondérant : existence de risques particuliers de vols dans l'entreprise, surveillance d'un poste de travail particulièrement dangereux... L'employeur peut, donc, sur ce fondement, apporter aux libertés individuelles et collectives des salariés des restrictions, justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché.

Quant à la géolocalisation⁶⁷⁰, elle est désormais régie par la loi du 9 juillet 2004⁶⁷¹ et, pour les sanctions pénales, par la loi du 6 août 2004. Dépassant les procédures de transparence individuelle et collective⁶⁷², ce type de surveillance, qui techniquement ne connaît ni limite géographique, ni limite temporelle, porte atteinte à la vie personnelle, à l'intimité de la vie privée, il doit, aussi, respecter l'article L. 120-2 du Code du travail. Le principal apport de la loi du 9 juillet 2004 et du 6 août 2004 est d'exiger le consentement exprès du salarié, suivi à la trace.

338. C'est ainsi que le règlement intérieur doit comporter une clause mentionnant l'installation de telles techniques pour des raisons de sécurité⁶⁷³. Le comité d'entreprise joue également un rôle essentiel pour assurer le respect de ce dispositif. Au-delà de l'obligation générale d'information et de consultation pour les questions intéressant l'organisation et la marche de l'entreprise et « *les mesures de nature à affecter les conditions d'emplois des salariés* », il doit être informé de tout ce qui concerne « *les traitements informatisés de gestion du personnel et les moyens de contrôle de l'activité du salarié* ». L'introduction de nouvelles technologies dans les entreprises d'au moins 300 salariés, susceptibles de créer une nouvelle forme de contrôle de l'activité, implique également que le comité d'entreprise soit

⁶⁶⁷ C. RADE, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », Dr. Soc., Janvier 2002

⁶⁶⁸ art L. 121-7 et L. 121-8 du Code du travail

⁶⁶⁹ Art. L. 120-2 du Code du travail

⁶⁷⁰ Cf, J.E. RAY, « Géolocalisation, données personnelles et droit du travail », Droit Social, décembre 2004, p. 1077

⁶⁷¹ Ut Supra

⁶⁷² Art. L. 121-8 et L. 432-2-1 du Code du travail

⁶⁷³ Art. L. 122-33 et L. 122-35 du Code du travail

informé et consulté, sous peine d'un délit d'entrave⁶⁷⁴. Par ailleurs, le recours à l'expert en technologie prévu par l'article L. 434-6 du Code du travail permet de fournir des explications ou des éclaircissements, au comité d'entreprise, depuis la loi du 28 octobre 1982⁶⁷⁵. L'articulation de ces articles impose certaines conditions à la consultation du comité, puisqu'elle ne peut intervenir que lorsque l'entreprise compte plus de 300 salariés, que le projet est avancé, sans qu'une décision définitive n'ait été prise sur le sujet, et qu'il revêt une certaine importance, c'est-à-dire qu'il aura des conséquences sur l'emploi des salariés.

A côté de ces dispositions légales, venues réguler le droit des NTIC, la jurisprudence a posé, elle aussi, des limites.

b- L'apport de la jurisprudence

339. C'est à l'occasion d'un pourvoi effectué par un salarié, s'estimant indûment licencié, que la Cour de cassation a eu l'opportunité de statuer sur la correspondance électronique : *« l'employeur ne peut, sans violer la liberté fondamentale du respect de l'intimité de la vie privée du salarié, prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail, et ceci même au cas où l'utilisation non professionnelle de l'ordinateur aurait été interdite »*⁶⁷⁶ ». Désormais, les courriers électroniques sont soumis au principe du secret des correspondances. La formulation, choisie par la chambre Sociale dans ce célèbre arrêt « Nikon », d'une extrême généralité et largement commenté, ne souffre d'aucune équivoque : le salarié a droit, même sur son lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée.

On ne peut, pour autant, considérer que la Cour de cassation admet un droit à une vie privée au travail, car il est difficile de cerner la vie privée, lorsque la séparation entre vie personnelle et vie professionnelle est de plus en plus floue, avec, notamment des NTIC qui permettent de vaquer à des occupations personnelles à partir du bureau.

⁶⁷⁴ Art. L. 432-2 du Code du travail

⁶⁷⁵ Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 sur les institutions représentatives du personnel

⁶⁷⁶ Cass. Soc., 2 octobre 2001, D. 2001 IR. 2944, JCP E 2001, 1918, note PUIGELIER ; observations J.E. RAY, « Courrier privé et courrier personnel », Droit social, novembre 2001
S. BREZIN, I. de BENALCAZAR, « L'application du principe du secret de la correspondance aux courriers électroniques reçus ou émis à l'aide d'un outil informatique à usage personnel », Travail et Protection sociale, janvier 2002

En l'espèce, un salarié avait été licencié pour faute, au motif qu'il avait entretenu pendant ses heures de travail une activité parallèle. Pour justifier cette activité, la société s'était fondée sur le contenu des messages expédiés, reçus et enregistrés par le salarié sur le disque dur de son ordinateur sous un fichier intitulé « personnel ». La Cour d'appel avait donné gain de cause à l'employeur et validé la consultation par ce dernier des messages à caractère privé de son salarié. La chambre sociale a cassé la décision d'appel en estimant que *« le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances : que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil*

Le même jour que l'arrêt « Nikon », un autre arrêt⁶⁷⁷ est venu renforcer le droit au respect de la vie privée, puisque la Cour a accepté qu'un cadre se considère comme licencié par un employeur, qui avait supprimé son bureau, voulant désormais l'obliger à travailler en permanence à son domicile. « *Le salarié n'est ni tenu d'accepter de travailler à son domicile, ni obligé d'y transporter ses dossiers et ses instruments de travail.* »

340. Dans une autre approche, J.E. RAY⁶⁷⁸ attire notre attention sur le fait, qu'aujourd'hui, paradoxalement, le travail effectif est plus que jamais mesurable grâce aux nouvelles technologies. En effet, les logiciels de contrôle de l'activité des salariés se multiplient : « Peanywhere, surfwatch, little brother » et le législateur⁶⁷⁹, comme la Cour de cassation, devront sans doute intervenir pour poser les conditions indispensables au respect des droits des salariés.

Des restrictions d'accès à Internet ou Intranet sont, d'ailleurs, dans de nombreuses entreprises, mentionnées par écrit.

2) Les dispositifs conventionnels, visant à caractériser les effets des NTIC

Les chartes Internet occupent une grande place, aux côtés de la négociation d'entreprise.

a- Les chartes Internet

341. Rares sont les grandes entreprises qui ne disposent pas, aujourd'hui, d'une charte⁶⁸⁰ ou d'un code de bonne conduite⁶⁸¹ des usages d'Internet, Intranet et autres messageries électroniques. Il convient donc de s'interroger sur la valeur juridique de ces chartes⁶⁸².

Bien évidemment, leur nature varie selon les dispositions qu'elles contiennent : assimilées à des notes de service quand elles se limitent à des conseils techniques, ou intégrées au règlement intérieur quand elles édictent, en plus, des interdictions et des sanctions. En effet, l'employeur peut décider de renforcer le caractère contraignant des principes d'utilisation des technologies en enrichissant le contenu du règlement intérieur. Dans cette hypothèse, les représentants du personnel seront amenés à donner leur avis et

informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur. »

⁶⁷⁷ Cass. Soc., 2 octobre 2001, D. 2001, IR. 3020 ; RJS 2001. 950, n° 1399

⁶⁷⁸ J. E. RAY, « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », Editions Liaisons sociales, mai 2001, voir 3^{ème} édition, entièrement refondue, Editions liaisons, collection Droit vivant, février 2005

⁶⁷⁹ ce qui a été mis en place par les deux lois de l'été 2004, ut supra

⁶⁸⁰ P. H. ANTONMATTEI, « NTIC et vie personnelle au travail », Dr. Soc. Janvier 2002

⁶⁸¹ Ut infra

⁶⁸² Voir en ce sens, N. CAUSSE, « La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français », Thèse Aix-Marseille, 2000

l'Inspecteur du travail, à qui le règlement sera transmis, pourra également, lors de l'examen de sa légalité, vérifier que les libertés des salariés ont été respectées⁶⁸³.

Mais la valeur de ces chartes est toute relative⁶⁸⁴ dans la mesure où, édictées par l'entreprise, elles manifestent un déséquilibre patent entre les prérogatives de l'employeur et les droits des salariés. Les chartes doivent énoncer les raisons pour lesquelles il est nécessaire de fixer des règles, les limites à l'utilisation d'Internet et d'Intranet, et les contrôles que l'entreprise se réserve le droit d'effectuer. Ces dispositions permettent de clarifier le champ dans lequel les collaborateurs peuvent utiliser ces moyens de communication et les sanctions qu'ils encourent en cas d'utilisation illicite. Pour sanctionner, il est nécessaire d'identifier l'auteur de l'utilisation illicite, c'est pourquoi la plupart des chartes prévoient l'obligation de s'identifier. Les sanctions peuvent aller de la simple mise à pied à la faute lourde. Toutefois, l'existence d'une faute lourde supposera que soit démontré la volonté du salarié de nuire à son entreprise, ce qui est rare ; en revanche, la faute grave pourra être caractérisée par le seul fait, par exemple, de transférer un fichier « clients » à un concurrent.

L'on constate que le comité d'entreprise constitue, aussi, dans ce domaine, un lieu d'échanges privilégié car un grand nombre de « chartes » ont été négociées et « conclues » au sein des comités d'entreprises.⁶⁸⁵

b- La négociation d'entreprise

342. Face aux déséquilibres causés par les NTIC, les partenaires sociaux ont un rôle à jouer et certains accords d'entreprise déterminent, par exemple, dans quelles conditions, les organisations syndicales peuvent utiliser les NTIC, notamment l'Intranet, la messagerie électronique, l'Internet. C'est ainsi que la place de la négociation prend de l'importance : négociation collective⁶⁸⁶ mais aussi négociation individuelle s'appuyant sur le contrat de travail. Sur le fondement de l'autonomie des parties et de l'article 1134 du Code civil, le cadre peut utiliser des moyens lui permettant de résister au pouvoir de direction de son employeur, car l'introduction des NTIC a souvent pour conséquence de modifier les attributions du salarié, la durée de son travail, sa rémunération, voire même le lieu d'exécution du contrat.

⁶⁸³ Voir « la charte du bon usage des ressources informatiques, électroniques et numériques », Renault, 1^{er} juillet 2001

⁶⁸⁴ J. BERENGER-GUILLON et A. GALLIER, « L'utilité des chartes déontologiques relatives à l'utilisation de l'outil informatique », Gaz. Pal. 17 et 18 avril 2002, p. 24

⁶⁸⁵ Accord Prisma Presse du 8 mars 2001 concernant l'usage personnel et familial d'ordinateurs, passé avec deux salariés mandatés par le comité d'entreprise.

⁶⁸⁶ H. BOUCHET, « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », Dr. Soc. Janvier 2002

L'irruption des technologies de l'information et de la communication, dans le monde du travail,⁶⁸⁷ se traduit donc par l'émergence de nouvelles menaces pour les cadres qui sont susceptibles de remettre en cause leur sécurité au travail, leur santé mais également leur emploi. De même, ces nouvelles technologies complexifient le pouvoir de contrôle sur la vie des salariés et peuvent nuire à leurs libertés individuelles.

*

* *

343. En guise de conclusion, force est de constater que les cadres quasi-indépendants sont soumis à une pression exercée, cumulativement, par les relations avec les clients et avec l'employeur, même si ce dernier n'exerce plus un contrôle direct, car bien souvent il n'en a pas les moyens, mais davantage un contrôle sur des résultats globaux. Cette pression est manifestement accentuée par les NTIC qui permettent de joindre le cadre en permanence, y compris le week-end. En effet, si l'autonomie fonctionnelle renforcée dont bénéficie le cadre, allège le contrôle de l'employeur, elle conduit, dans le même temps, l'intéressé à subir, en première ligne, la pression du client. Malheureusement, le droit du travail, qui s'intéresse uniquement à la relation salarié-employeur, n'apporte aucune réponse à cette intrusion du client dans la sphère temporelle du cadre.

Bien plus, le Droit du travail, protecteur historique des salariés, se heurte, désormais, à côté de l'adaptabilité dans le temps, imposée aux cadres quasi-indépendants, à une exigence d'adaptabilité dans l'espace, qui transforme, de plus en plus souvent, cette catégorie de salariés en de véritables « nomades » : c'est à cette flexibilité, dans l'espace, à laquelle nous allons maintenant nous intéresser.

⁶⁸⁷ Voir en ce sens, J. E. RAY, « L'irruption des TIC dans le Code du travail », Liaisons Sociales, mars 2004

L'auteur montre que les TIC sont aujourd'hui très présentes dans le monde du travail, c'est pourquoi le projet de loi Fillon sur la formation et le dialogue social et le projet de loi « sur la confiance dans l'économie numérique » ont voulu prendre en compte ces nouvelles données sous deux angles.

Le premier issu du projet de Loi Fillon permet à un accord d'entreprise d'autoriser la diffusion de tracts syndicaux via Internet ou la messagerie électronique.

Le second issu du projet sur « la confiance dans l'économie politique » habilite les partenaires sociaux à recourir au vote électronique pour les élections professionnelles.

De facto, l'irruption des TIC dans le Code du travail entraîne des problèmes pour assurer leur véritable efficacité.

Section 2 : La nécessité d'une adaptabilité dans l'espace

344. L'attachement à une entreprise ou à une administration demeure une constante pour le cadre français dont la volonté de mobilité reste limitée⁶⁸⁸. Le cursus traditionnel de travail au sein d'une même structure reste dominant, puisque la majorité des cadres souhaitent entrer dans une grande entreprise ou administration et y faire carrière, quitte à y exercer plusieurs métiers. En outre, le désir de changement est influencé par le niveau de qualification, l'ancienneté, le secteur d'activité et la conjoncture.⁶⁸⁹ Paradoxalement, les cadres sont ceux qui changent le moins souvent d'employeur⁶⁹⁰ et ce sont les moins qualifiés qui vont tenter leurs chances ailleurs.

345. Pour les cadres quasi-indépendants, cette situation surprenante devrait s'expliquer à la fois, par un attachement à une position, au sommet de la pyramide de l'entreprise, qu'ils souhaitent conserver, mais aussi, par la persistance d'un schéma idéal de carrière de « cadres supérieur⁶⁹¹. »

Cependant, présentées comme un élément constitutif de l'expérience professionnelle, les mobilités sont désormais requises pour faire carrière⁶⁹². Elles sont devenues un outil de gestion individuelle et collective des ressources humaines dans les entreprises. La mobilité se heurte, toutefois à des résistances humaines mais aussi juridiques ; « *rien n'est plus difficile à bouger que l'homme*⁶⁹³. »

Dans ce contexte, les clauses de mobilité géographique sont devenues des clauses incontournables dans les contrats de travail des cadres (I) ; ces clauses de mobilité auront un champ d'application d'une toute autre importance lorsque l'entreprise sera insérée dans un groupe (II).

⁶⁸⁸ D'après des statistiques de l'INSEE de 2002, 76 % des cadres souhaitent poursuivre leur carrière dans leur entreprise actuelle, éventuellement en changeant de fonction et 21 % seulement sont prêts à une mobilité vers une entreprise ou administration de même secteur.

⁶⁸⁹ D'après une étude réalisée par l'INSEE en 2003, « Interne ou externe, deux visages de la mobilité professionnelle »

⁶⁹⁰ D'un point de vue historique, les entreprises ont plutôt eu pour souci d'immobiliser la main d'œuvre Cf J. LE GOFF, « Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat », Ed. Calligrammes.

⁶⁹¹ Il faut remarquer, à titre d'information, que les villes préférées des cadres selon un sondage réalisé en octobre 2002 : sont, par ordre de classement : Toulouse, Bordeaux et Nantes car elles offrent des économies performantes et des emplois haut de gamme, une offre scolaire et culturelle de qualité... le tout au vert et sous le soleil. La combinaison gagnante du palmarès repose donc sur le dynamisme économique, conjugué à la qualité de vie.

⁶⁹² D'un point de vue historique, les entreprises ont plutôt eu pour souci d'immobiliser la main d'œuvre. Voir en ce sens, J. LE GOFF, « Du silence à la parole. Droit du travail, société, Etat », Ed. Calligrammes

⁶⁹³ Expression empruntée à A. SMITH, cité par G. LYON-CAEN, « La mobilité vue d'en haut », Dr. Soc. 1989, p. 430

I -La mobilité, une exigence courante dans la relation de travail

346. Le lieu de travail n'est pas, par nature, et de manière systématique, un élément essentiel du contrat de travail. La modification, par l'employeur du lieu de travail peut être, selon le cas, un simple changement des conditions de travail s'imposant au salarié ou une modification du contrat nécessitant son accord exprès et préalable. Schématiquement, le changement de lieu de travail, dans un secteur géographique différent de celui où travaillait le salarié, constitue une modification de son contrat⁶⁹⁴. En revanche, si le nouveau lieu de travail se situe dans le même secteur géographique, il s'agit d'un simple changement des conditions de travail, peu important les conséquences de ce transfert géographique pour le salarié⁶⁹⁵.

La jurisprudence n'ayant pas défini la notion de secteur géographique, la détermination de la nature de la modification s'apprécie, in concreto, en fonction des circonstances propres à chaque espèce (A). Afin de parer à de tels aléas judiciaires, les entreprises ont donc pris l'habitude d'introduire, dans le contrat de travail, une clause de mobilité⁶⁹⁶(B).

A- Le changement de lieu et ses conséquences sur le contrat de travail

347. L'origine de la distinction, en France, entre modification du contrat de travail et modification des conditions de travail est une création prétorienne. Or, il est évident que la qualité de cadre, et plus encore celle de cadre quasi-indépendant, a une incidence non négligeable sur l'appréciation jurisprudentielle de la qualification juridique des modifications apportées, par l'employeur, à la relation de travail du salarié. Ainsi, l'on peut concevoir, qu'en raison des responsabilités qui incombent aux salariés cadres et de leur niveau de rémunération, un certain nombre de sujétions peuvent leur être imposées, alors que ces mêmes contraintes ne sauraient être appliquées, dans des circonstances analogues, à des salariés appartenant à d'autres catégories professionnelles. La qualité de cadre ne saurait, cependant, constituer un argument pertinent pour asseoir des solutions juridiques contestables.

La qualification modification du contrat de travail ou des conditions de travail (1) n'aura pas la même portée en cas de refus du cadre de la mobilité (2).

⁶⁹⁴ Cass. Soc., 4 mai 1999, n°97-40.576, Bull. civ. V n° 186

⁶⁹⁵ Cass. Soc., 20 octobre 1998, n° 96-40.757, Bull. civ. V n° 431 : L'allongement du temps de travail de trois heures et la nécessité de recourir à un véhicule personnel ne constituant pas une modification du contrat.

1) La distinction entre modification du contrat de travail et des conditions de travail

348. La Cour de cassation a dégagé les critères permettant de distinguer le changement des conditions de travail, de la modification du contrat. Pour la jurisprudence, la modification d'un élément essentiel du contrat de travail est celle qui affecte la nature même des fonctions, au détriment du salarié. En effet, tous les changements d'attribution ne sont pas constitutifs d'une modification de contrat : certains ne sont que de simples aménagements des fonctions, que le cadre ne peut refuser. La nature de l'activité du salarié peut, cependant, en elle-même, exiger une certaine disponibilité géographique⁶⁹⁷. La difficulté est de dégager un critère rigoureux permettant de distinguer les deux situations, c'est à cet exercice que vient de se livrer la Cour de cassation.

349. Dans un premier temps, il est utile de rappeler que la jurisprudence antérieure à 1996 gérait une distinction entre modification des éléments substantiels du contrat et non substantiels ; cette année-là, la Cour suprême remplace ces termes par ceux de modification du contrat et des conditions de travail⁶⁹⁸. Désormais la construction jurisprudentielle de cette nouvelle dichotomie semble être réalisée⁶⁹⁹ même si un texte communautaire⁷⁰⁰ a pu mettre le

⁶⁹⁶ Voir I. DAUGAREILH, « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », Dr. Soc. 1996, p. 128

⁶⁹⁷ Cass. Soc., 4 janvier 2000, Bull. civ. V, n° 4, Dr. Soc. 2000, p. 550, obs. J. MOULY

⁶⁹⁸ Cass. Soc., 10 juill. 1996 : bull. civ. V, n° 278

⁶⁹⁹ P. WAQUET, « La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791

F. BOUSEZ et M. A. MOREAU, « A propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail », JCP E 1997, I, 705

M. MORAND, « Propos sur la modification du contrat et des conditions de travail » JCP E 1997, I, 643

G. COUTURIER, « Pot-pourri autour des modifications du contrat de travail, Dr. Soc. 1998, p. 878

P.H. ANTONMATTEI, « Les éléments du contrat de travail », Dr. Soc. 1999, p. 330

P. WAQUET, « Le renouveau du contrat de travail », RJS 5/99, p. 389 ;

« Tableau sur la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », Dr. Soc. 1999, p. 566 ;

« La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS 12/96, p. 791

P. WAQUET a alors proposé de se référer aux dispositions de la directive européenne n° 91-553 du 14 octobre 1991. Selon ce texte, l'employeur est tenu d'informer par écrit le salarié des éléments essentiels applicables au contrat de travail ; sont notamment visés l'identité des parties, le lieu de travail, la description sommaire du travail, les divers éléments du salaire, la périodicité de versement de la rémunération, la durée de travail, la mention des conventions et/ou accords collectifs régissant les conditions de travail. Cette directive a été transposée en droit interne à travers les articles L. 143-3 du Code du travail.

Ce texte n'a pas été transcrit en droit du travail et n'impose de formalisme que lorsque la modification substantielle a une cause économique.

La jurisprudence communautaire sur l'effet « horizontal » direct des directives ne permet pas au salarié d'invoquer le texte européen contre l'employeur. Du point de vue du droit interne, aucune condition de forme n'est exigée lorsque la modification n'est ni substantielle, ni économique.

En ce sens, CJCE 26 février 1986, Marshall, aff. N° 152/84, Rec. P. 723 ; CJCE 14 juillet 1994, Faccini Dori, AFF. C. 91. 92, Rec. P. 1-3225

M. MORAND, « Autour des conditions de travail », JCP E 1999, n°41, p. 1620

⁷⁰⁰ Directive CE, n° 91/ 533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation d'information des travailleurs sur leur contrat, JOCE n° L. 288 du 18 octobre 1991, P ; 32, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993.

doute sur ces distinctions⁷⁰¹. Pour la chambre Sociale, le lieu de travail peut se situer en dehors du champ contractuel^{702 703}, elle énonce que la modification du lieu de travail dans le même secteur géographique ne changeant que les conditions de travail. A ce titre, l'on peut rappeler que le lieu de travail constitue, en principe, au même titre que la rémunération, la durée du travail et la qualification, un des quatre piliers du contrat de travail.

Toutefois, le contrat de travail, selon les cas, se révèle explicite ou muet sur le sujet.

350. Lorsqu'une clause explicite envisage le lieu de travail, elle peut revêtir deux formes différentes : soit le contrat fixe un lieu précis de travail et cette disposition, incorporée au contrat de travail, s'impose aux parties et ne peut être modifiée que d'un commun accord⁷⁰⁴, soit le contrat de travail comporte une clause de mobilité, aux termes de laquelle le salarié a, par avance, accepté d'exécuter le contrat dans les lieux différents. Dans ce cas, dès l'instant que la clause est mise en œuvre de bonne foi, est justifiée par l'intérêt de l'entreprise et que l'employeur n'en fait pas un usage abusif, la nouvelle affectation donnée au salarié, loin de modifier le contrat, n'en est que l'exécution^{705 706}. Souvent, en pratique, le contrat est resté muet sur le lieu de travail⁷⁰⁷. La jurisprudence, constante, pour les changements de lieu définitifs, est plus floue concernant les changements temporaires.

351. Ainsi, pour les changements définitifs, la Cour de cassation a raisonné autour du critère du secteur géographique⁷⁰⁸. Néanmoins, la jurisprudence a fluctué quant à la notion de secteur, pour se fixer dans un arrêt du 4 mai 1999⁷⁰⁹ où la Cour précise que « *le changement du lieu de travail doit être apprécié de manière objective* », c'est-à-dire selon un critère

Cette directive crée une obligation pour l'employeur de fournir au salarié un document écrit l'informant de toute modification d'un élément essentiel du contrat de travail. Parmi les éléments essentiels, la directive énonce le lieu de travail, le titre, la qualité ou la catégorie d'emploi, la caractérisation ou la description sommaire du travail.

⁷⁰¹ M. MORAND, « Élément essentiel du contrat de travail, élément du contrat ? », JCP, E, avril 2001 ;

« Conditions de travail : définition objective et conséquences subjectives », JCP, E, 2000, n° 48, p. 1894

« Les clauses de stabilité contractuelle », TPS, novembre 2001, p. 5

⁷⁰² Cass. Soc., 16 déc. 1998, Bull. civ. V, n° 558

⁷⁰³ Cass. Soc., 4 mai 1999, Bull. civ. V, n° 186

⁷⁰⁴ Cass. Soc., 27 mai 1998, n° 96- 40. 929, Bull. Civ. n° 282 : lorsque le contrat prévoit que le salarié est affecté à Lyon, il est en droit de refuser une mutation à Paris, en l'absence de clause de mobilité

⁷⁰⁵ Ut infra

⁷⁰⁶ Cass. Soc., 30 sept. 1997, Bull. civ. V, n° 289 ; Cass. Soc., 29 janv. 2002, Bull. Civ. V, n° 39 : « *La mutation du salarié en application d'une clause de mobilité, ne concerne que les conditions de travail et relève du pouvoir de direction.* »

⁷⁰⁷ M. C. ESCANDRE- VARNIOL, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaires ou de lieu de travail », Droit social 2002, p. 1064

⁷⁰⁸ Cass. Soc., 16 déc. 1998, n° 96-40. 227, Bull. civ. n° 558 : le changement du lieu de travail constitue une modification du contrat de travail, quand la mutation du salarié ou l'affectation du salarié a lieu dans un secteur géographique différent de celui où il travaillait précédemment et qu'il ne constitue qu'une simple modification des conditions de travail s'imposant au salarié, lorsque le changement du lieu de travail s'effectue à l'intérieur du lieu de travail.

⁷⁰⁹ Cass. Soc., 4 mai 1999, n° 9è-40. 576, Bull. civ. n° 186, arrêt « Hczyszin »

applicable de façon identique à tous les salariés, quelles que soient les répercussions de la mutation sur leur situation personnelle. Les mêmes causes produiront les mêmes effets. Il appartient donc désormais aux juges du fond de rechercher si le changement a lieu ou non dans le secteur géographique où travaille le salarié⁷¹⁰.

Cependant, il faut se demander si la protection des salariés, justifiée, en cas de changement définitif ou de longue durée, induisant un changement de domicile, s'impose en cas de changement provisoire du lieu de travail. Selon un premier courant, il n'y aurait pas lieu d'établir de distinction entre les changements définitifs et les changements temporaires⁷¹¹. Un arrêt du 16 mai 2000 a, de façon plus nette, transposé aux changements temporaires la jurisprudence sur les changements définitifs⁷¹². Un deuxième courant a fait application, à plusieurs reprises, du critère de la nature de l'emploi ou des fonctions exercées⁷¹³, pour qu'il n'y ait pas modification du contrat de travail, lorsque le changement de lieu du cadre restait provisoire⁷¹⁴. La position de la jurisprudence récente a semblé confirmer cette analyse^{715 716}.

352 Ainsi, dans certaines professions, dont l'exercice est par essence mobile, telles que les BTP, et à un certain niveau de responsabilité, tel que le chef de chantier, l'employeur aurait la possibilité d'imposer occasionnellement, en l'absence de disposition contraire dans le contrat, une affectation temporaire en dehors du secteur géographique habituel d'exercice de la profession. Mais un récent arrêt⁷¹⁷ a donné à la Chambre sociale, l'occasion de nuancer sa

⁷¹⁰ Cass. Soc., 12 juillet 1999, n° 97-42. 955

⁷¹¹ Cass. Soc., 13 oct. 1999, n°96-45.143 : en l'absence de clause de mobilité, l'employeur ne peut imposer de grands déplacements en dehors de la zone habituelle de travail.

⁷¹² Cass. Soc., 16 mai 2000, n° 97-45. 923 : un salarié affecté à Rouen pouvait refuser la modification de son contrat à Nantes, même si elle n'était que temporaire.

⁷¹³ Cass. Soc., 30 mars 1993, n° 89-42. 759

⁷¹⁴ Cass. Soc., 21 mars 2000, n° 91-44.851, Bull. n° 109, Semaine Sociale Lamy, n° 975, p. 10 : Un cadre consultant, chargé, en raison de ses connaissances en allemand, d'une mission ponctuelle en Allemagne, bien que son contrat de travail ne comportait qu'une clause de mobilité prévoyant des séjours en province de longue durée, ne constitue pas une modification du contrat de travail.

⁷¹⁵ Cass. Soc., 22 janvier 2003, n°00-43.826, « Mission temporaire en dehors du secteur géographique », J. DUPLAT, SSL, 27 janvier 2003 et n° 00-42. 637

Dans ces deux espèces, la Cour de cassation vient affirmer qu'un cadre peut être contraint à une mobilité en dehors de son secteur géographique, dès lors qu'elle n'est que temporaire. Aussi, un chef de chantier dont le contrat de travail ne comporte pas de clause de mobilité ne peut pas refuser une affectation en dehors du secteur géographique.

⁷¹⁶ M. MORAND, « Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP, E, mai 2003

« La place de l'écrit dans la détermination du champ contractuel », Semaine sociale Lamy, 16 juin 2003

⁷¹⁷ Cass. Soc., 28 janv. 2003, n° 00-46. 813, note SSL, 17 février 2003

Une salariée, formatrice informatique à temps partiel, est appelée à effectuer une mission à Lille, alors qu'elle travaille habituellement en Ile de France. L'intéressée refuse, ce qui conduit à son licenciement pour faute grave. La Cour d'appel de Paris considère cependant la rupture comme dénuée de cause réelle et sérieuse, ce que confirme la Cour de cassation : « *Attendu que la Cour d'appel a relevé que, depuis son engagement, la salariée avait constamment travaillé en Ile de-France, que les formations à dispenser en province étaient confiées à d'autres salariés et que les horaires prévues par le contrat à temps partiel conclu en octobre 1992 excluaient*

position. En dépit de circonstances très proches de celles évoquées dans la jurisprudence antérieure, les parties ne s'étaient pas placées sur le terrain contractuel. Or, si une mission temporaire en dehors du secteur géographique ne constitue pas nécessairement une modification du contrat, encore faut-il que les parties n'aient pas fixé le lieu de travail. En l'espèce, la sédentarité ne résultait pas uniquement du contrat ; elle pouvait aussi se déduire du comportement de l'employeur. La Chambre sociale rappelle, ainsi, que le régime de la modification du contrat ne saurait faire totalement abstraction de l'intention des parties.

353. Par ailleurs, la Cour de cassation a rendu deux arrêts⁷¹⁸ qui viennent limiter la portée de la mention du lieu de travail dans le contrat de travail. Si le lieu de travail reste un élément essentiel du contrat, il n'est plus un point fixe, immuable, mais davantage un espace géographique ; de fait, en vertu de son pouvoir de direction⁷¹⁹, l'employeur peut affecter le salarié à tout endroit situé dans le même secteur géographique.

354. La notion n'est, dès lors, pas uniforme ; *« c'est une notion floue, insusceptible de contrôle et elle laisse au juge du fond un large pouvoir d'appréciation »*⁷²⁰. ». La prise en compte, par le juge, des nouvelles possibilités de communication qui rendent plus aisées les déplacements est certainement justifiée, elle crée néanmoins, par la large latitude d'appréciation laissée aux magistrats, une forte insécurité juridique pour les parties, et notamment les cadres quasi-indépendants.

tout déplacement en province ; qu'en l'état de ces constatations, qui caractérisent la volonté non équivoque de l'employeur de dispenser la salariée d'effectuer des missions hors de la région parisienne, en sorte que l'extension de ce secteur géographique d'activité s'analysait en une modification du contrat de travail, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. »

⁷¹⁸ Cass. Soc. , 3 juin 2003 deux espèces, JCP E 2003, 1192 et 1191

La Cour estime que *« la mention du lieu de travail dans le contrat de travail a valeur d'information à moins qu'il soit stipulé une clause claire et précise que le salarié exécutera son travail exclusivement dans ce lieu. »*

L. LE BERRE, F. CHAUTARD, « Les définitions du lieu de travail. A propos des arrêts du 3 juin 2003 », JCP, E, 4 septembre 2003

⁷¹⁹ Voir également S. BEAL, « La bonne foi contractuelle étant présumée, le salarié doit prouver que sa mutation géographique n'a pas été décidée de bonne foi ou dans l'intérêt de l'entreprise », JCP, E, 7 avril 2005

Cass. Soc. , 23 février 2005, n° 04-45463 et n° 03-42018 : avec ces deux arrêts, la chambre sociale de la Cour de cassation revient à une conception civiliste de la bonne foi contractuelle. En décidant de muter un salarié, l'employeur doit mettre en œuvre de bonne foi son pouvoir de direction. L'intérêt pour l'entreprise d'une décision prise par l'employeur en vertu de son pouvoir de direction est une composante de la bonne foi.

⁷²⁰ D'après B. BOUBLI, « Le changement de lieu de travail », SSL, 6 septembre 2004

Cf Cass. Soc., 15 juin 2004, n° 01-44. 707 : la chambre sociale constate que les juges du fond se sont fondés sur la desserte en moyens de transport des sites litigieux pour décider que Paris et Roissy ne sont pas dans le même secteur géographique.

2) Les conséquences du refus du changement du lieu de travail

~~355~~ Le refus d'accepter un changement de lieu de travail ou d'affectation constitue souvent un manquement du cadre à ses obligations contractuelles car « les petites mobilités » relèvent bien du pouvoir de direction et d'organisation de l'employeur. Entre les deux principes, pouvoir de direction de l'employeur et force obligatoire du contrat, c'est bien le premier qui l'emporte. Les mobilités sont, à ce titre, opposables au cadre si elles ne relèvent pas d'une intention de nuire, ou de discriminer, et si elles sont justifiées par un motif économique. Lorsque la modification est une modification du contrat, elle ne peut être mise en œuvre sans l'accord du salarié, mais ce dernier sera souvent contraint d'accepter, sous la menace du couperet de la résiliation du contrat. En présence d'une clause de mobilité, sous réserve que l'employeur ne fasse pas un usage abusif de la clause, le refus du cadre de rejoindre sa nouvelle affectation, constitue un motif de licenciement, voire une faute grave susceptible de justifier un licenciement immédiat⁷²¹.

~~356~~ Nonobstant le peu de jurisprudence sur les clauses de mobilité des cadres quasi-indépendants, il est fort probable, compte tenu des fonctions exercées par ces derniers, que la Cour de cassation retiendra à leur égard, plus fréquemment, une faute grave⁷²². En effet, l'acte d'insubordination délibéré, lors de la mise en œuvre d'une clause de mobilité, peut déboucher sur la faute grave⁷²³. Toutefois, l'employeur n'est pas tenu de se prévaloir de la faute grave⁷²⁴ et peut se contenter d'évoquer une cause réelle et sérieuse de licenciement : dans ce cas, l'employeur peut imposer au salarié d'exécuter son préavis aux nouvelles conditions⁷²⁵. Manifestement, les cadres « *peuvent subir, en raison de leurs responsabilités et de leur niveau de rémunération, un certain nombre de contraintes et de sujétions, qu'on ne saurait imposer*

⁷²¹ La faute grave sera, bien entendu, retenue en fonction des circonstances propres à chaque espèce.

M. MORAND, « Dans quelle mesure le refus peut-il conduire à la faute grave ? », Semaine Sociale Lamy, 19 mai 2003

⁷²² Cass. Soc. ,4 juin 2002, n°00-42.924 : la faute grave a été retenue, en l'absence de clause de mobilité, à l'encontre d'un directeur de développement d'une grande entreprise qui avait fait l'objet d'une mutation dans une filiale avec des responsabilités équivalentes et une rémunération intégralement maintenue et avait refusé de reprendre ses fonctions à l'issue de ses congés, malgré la mise en demeure de son employeur.

⁷²³ Cass. Soc. ,28 février 2001, n° 97-45. 555, Bull. civ. V, n° 64 : Lors de la mise en œuvre d'une clause de mobilité, l'employeur ayant observé le délai de prévenance prévu contractuellement et avisé à l'avance le salarié pour lui permettre de s'organiser, la Cour de cassation en déduit « *que le refus délibéré et injustifié du salarié d'obéir à l'ordre qui lui était donné rendait impossible son maintien dans l'entreprise pendant la période de préavis et caractérisait une faute grave.* »

⁷²⁴ Voir en ce sens, A. MAZEAUD, « Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », Dr. Soc. Janvier 2004

⁷²⁵ Cass. Soc., 4 février 2003, n° 01-40. 476, Bull. civ. V, n° 37 : la jurisprudence essaie d'éviter de retenir une faute grave, le licenciement n'aura qu'une cause réelle et sérieuse.

*aux autres salariés*⁷²⁶ ». Quoiqu'il en soit, l'employeur est tenu d'exécuter de bonne foi le contrat de travail et il ne peut faire un usage abusif de la clause de mobilité insérée dans un contrat de travail^{727 728 729 730}. De même, est répréhensible l'employeur qui met en œuvre une clause de mobilité avec une légèreté blâmable.⁷³¹ Il appartient au cadre qui conteste l'exercice, par l'employeur, de son pouvoir de direction et invoque un détournement de pouvoir, d'en apporter la preuve, ou du moins de soumettre au juge des éléments de fait, laissant supposer un abus de droit de l'employeur. En outre, l'usage de la clause de mobilité, à titre de sanction, ne constitue pas, à lui seul, un abus. Dans ce cas, il appartient aux juges de vérifier l'existence d'un fait fautif à l'origine de la sanction⁷³² car un tel usage de la clause peut devenir contestable au plan procédural⁷³³.

Manifestement, les contrats de travail des cadres contiennent, souvent, des clauses de mobilité, que ces derniers devront alors examiner attentivement avant de les signer.

⁷²⁶ J. MOULY, obs. sous Cass. Soc., 21 mars 2000, Dr. Soc. 2000, p. 651

⁷²⁷ Cf. T. MYLONAS, « La clause de mobilité au regard de la notion d'abus de droit : analyse de la jurisprudence récente », JSL, n° 99, 9 avril 2002

⁷²⁸ Cass. Soc., 23 janvier 2002, n° 99-44.845 et n° 99-44.845 (deux espèces) : constitue un abus une mutation à Pau d'un salarié qui travaille depuis de nombreuses années à Toulouse, trois mois après la signature d'un nouveau contrat comportant une clause de mobilité, sans justifier cette mutation par un motif objectif

En ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS 6/03, p. 459

L'auteur démontre que le secteur géographique doit être apprécié selon un critère applicable de façon identique à tous les salariés, quelles que soient les répercussions de la mutation sur leur situation personnelle ; en revanche, la mise en œuvre de la clause de mobilité et la détermination des obligations du salarié en l'absence de clause donnent une appréciation au cas par cas par les juges.

⁷²⁹ Cass. Soc., 10 janvier 2001, n° 98-46. 226, Bull. civ. V n°3 : constitue un abus, un changement d'affectation à une salariée se trouvant dans l'impossibilité, en l'absence de transports en commun, de se rendre à l'heure prévue sur ce nouveau lieu et sans lui assurer les moyens de se rendre sur son lieu de travail.

⁷³⁰ Cass. Soc., 18 mai 1999, n° 96-44. 315, Juris. Hebdo du 7 juin 1999 : l'abus est caractérisé sur un salarié qui se trouve dans une situation familiale critique, le déplacement immédiat dans un poste qui peut être pourvu par d'autres.

⁷³¹ Cass. Soc., 6 février 2001, n° 98-44. 190, Juris. Hebdo n° 707 du 5 mars 2001 : la salariée est mère d'un enfant handicapé moteur dont elle doit s'occuper à l'heure du déjeuner et le poste qu'elle occupait antérieurement est libre.

⁷³² Cass. Soc., 15 janvier 2002, n° 99-45. 979, Juris. Hebdo n° 752 du 28 janvier 2002

Les juges du fond doivent tenir compte de la raison qui a motivé la mise en œuvre de la clause de mobilité. S'il apparaît que le motif tient au comportement du salarié, la mesure est d'ordre disciplinaire et il appartient dès lors aux juges de rechercher si le comportement incriminé est constitutif d'une faute. De ce fait, une mutation, même décidée en application d'une clause de mobilité, peut s'analyser en une sanction disciplinaire ; l'entreprise ne peut pas, par ce biais, priver un salarié des garanties de fond du droit disciplinaire. Ainsi, pour limiter les risques de contentieux, il est préférable que l'employeur motive de manière précise et objective l'application de cette clause de mobilité.

⁷³³ M. MORAND, « Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP, E, 8 mai 2003

« une place particulière devrait être réservée à l'utilisation des clauses de mobilité comme instrument disciplinaire. Si une modification à titre disciplinaire du lieu de travail dans un même secteur géographique ou de la répartition journalière du temps de travail relève bien du pouvoir de direction, l'utilisation de ce même pouvoir dans le cadre d'une clause de mobilité est beaucoup plus contestable. »

B- La clause de mobilité et ses conséquences sur le contrat de travail

La clause de mobilité doit être étudiée (1) pour pouvoir en analyser le contenu (2).

1) Définition et conditions de validité

357. La clause de mobilité géographique tend à prévoir contractuellement l'éventualité d'une modification du lieu de travail du salarié. Par l'intermédiaire de cette clause, le salarié accepte ainsi expressément, et par avance, une nouvelle affectation géographique et le refus d'une mutation, prévue par la clause de mobilité, constitue alors une faute susceptible de justifier un licenciement⁷³⁴. De telles mentions sont devenues de véritables clauses de style pour les cadres. En effet, notamment pour ne pas courir, dans l'hypothèse de modification ultérieure du lieu de travail, les risques d'une qualification erronée de la modification, ou non, du contrat de travail et/ou du refus par les salariés de telles modifications, les entreprises anticipent et introduisent, de plus en plus souvent, de telles clauses⁷³⁵.

358. La Cour de cassation reconnaît la validité de ces clauses mais ne s'est pas encore prononcée explicitement sur les conditions de validité. Il semblerait logique que la clause de mobilité soit subordonnée aux mêmes exigences que la clause d'exclusivité, et doive, donc, s'avérer indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise; justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché. La contractualisation de l'obligation de mobilité pourrait ainsi être considérée comme abusive, dès lors qu'elle interviendrait dans des types d'emplois qui ne la justifieraient pas.

359. Au plan personnel, cette clause, restrictive de la liberté des parties, en particulier du cadre, doit nécessairement être écrite et acceptée expressément. Faute d'écrit, l'employeur qui exigerait, du salarié, une mobilité géographique provoquerait une modification du contrat de travail et non un changement des conditions de travail. Par conséquent, aussi longtemps que le cadre n'a pas signé son contrat de travail, la clause de mobilité, qui y est inscrite, ne lui est pas opposable⁷³⁶. Quant aux clauses de mobilité figurant dans les conventions collectives, il en existe deux sortes :

-Lorsque la convention collective prévoit, de manière facultative, la clause de mobilité, le contrat de travail, muet sur ce sujet, est réputé conclu sans clause de mobilité, même s'il fait

⁷³⁴ Ut infra

⁷³⁵ Voir A. LYON-CAEN, « Le droit et la gestion des compétences », Dr. Soc. 1992, p. 573

⁷³⁶ Cass. Soc., 2 avril 1998, n° 95-43. 541, Bull. civ. V n° 196 ; Cass. Soc., 8 avril 1998, n° 96-40. 319

référence à la convention collective. Le salarié ne saurait donc se voir imposer une mutation dès lors que sa lettre d'engagement ne comporte aucune clause de mobilité⁷³⁷.

-A contrario, si les dispositions conventionnelles prévoient une clause de mobilité obligatoire, et n'exigent pas qu'il en soit fait mention dans le contrat de travail, elles s'appliquent de plein droit, sous réserve que le salarié en ait été informé, à l'embauche. De fait, il appartiendra à l'employeur, en cas de contentieux éventuel, de démontrer, par tous moyens, que le salarié concerné a bien été informé, au moment de son engagement, de l'existence de la convention collective et mis en mesure d'en prendre connaissance⁷³⁸. Enfin, la clause contractuelle doit respecter les éventuelles dispositions plus favorables de la convention collective applicable à l'entreprise⁷³⁹.

2) Contenu et portée de la clause

360. La clause de mobilité n'implique pas automatiquement un changement de domicile du salarié⁷⁴⁰, car elle ne peut imposer au salarié de se domicilier dans la région où il est nouvellement affecté, sauf si ses attributions exigent une présence permanente⁷⁴¹. L'employeur n'a pas le droit de s'immiscer dans la vie privée des salariés et de violer leur libre choix du domicile personnel : la Cour de cassation vise expressément la Convention Européenne des Droits de l'Homme, dans son article 8, qui consacre le droit au respect du domicile.

Il convient, ensuite, de distinguer affectation et déplacements professionnels nécessaires à l'exécution de la prestation de travail. Ne constitue donc pas une clause de mobilité, la clause contractuelle prévoyant l'exécution du travail dans un lieu différent du lieu d'affectation, en

⁷³⁷ Cass. Soc., 5 mars 1998, n° 95-289, Bull. civ. V n° 120

⁷³⁸ Cass. Soc., 27 juin 2002, n° 00-42. 646, Juris. Hebdo n° 778 du 15 juillet 2002

En pratique, cette preuve n'est pas toujours facile à apporter et cette obligation conventionnelle impérative n'est pas opposable aux salariés embauchés avant l'entrée en vigueur de ces dispositions, dès lors que leur contrat de travail est muet sur ce point.

⁷³⁹ Cass. Soc., 5 mai 1998 n° 95-42. 545, Bull. Civ. V, n° 218

Lorsque la convention collective prévoit qu'une mutation, nécessitant pour le salarié un changement de domicile, doit recevoir son accord, si elle n'est pas provoquée par de sérieuses nécessités de service, cette disposition s'applique au contrat de travail. L'employeur n'invoquant pas des nécessités de service à l'appui de la mutation, la salariée était donc fondée à refuser l'application de la clause contractuelle de mobilité.

⁷⁴⁰ Voir la convention collective nationale des bureaux d'études, dite "Syntec" qui insiste clairement dans son article 61 sur la nécessité de prendre en compte *"dans toute la mesure du possible" la situation familiale des salariés et rappelle que "le changement de résidence doit correspondre à des besoins réels de l'entreprise."*

Concernant les conséquences financières du déménagement, la convention prévoit que *« lorsque le salarié reçoit un ordre de changement de résidence, les frais de déménagement et de voyage occasionnés par le déplacement de sa famille sont à la charge de l'employeur »*.

⁷⁴¹ Cass. Soc., 12 janvier 1999, n° 96-40. 755, Bull. civ. V n°7

fonction des nécessités de l'entreprise⁷⁴². Il en est de même d'une clause énumérant les différents sites où le salarié pouvait être amené à exercer son activité professionnelle.⁷⁴³ A l'opposé de la clause de mobilité, il n'est pas rare de rencontrer une clause de sédentarité, qui contractualise le lieu d'exécution du contrat. Là aussi, la clause doit être claire et non équivoque et la jurisprudence récente impose que soit précisé que « le salarié exécutera exclusivement son travail dans ce lieu⁷⁴⁴ » ; à défaut de cette précision, la mention du lieu de travail a seulement valeur d'information.

361. Le contenu de la clause de mobilité peut être variable mais il doit être explicite : il est, en effet, dangereux d'utiliser une clause trop générale ne permettant pas au salarié d'appréhender la véritable étendue géographique de sa mobilité, acceptée ou le plus souvent consentie⁷⁴⁵. La clause peut cependant être, géographiquement limitée à un secteur, à un ou des départements, à une région⁷⁴⁶ ou plusieurs régions, ou illimitée à l'ensemble du territoire français⁷⁴⁷. Parfois, elle visera une société ayant un lien juridique avec l'entreprise⁷⁴⁸, notamment dans le groupe⁷⁴⁹. Un cadre peut également être appelé à exercer ses fonctions dans les différentes sociétés d'un même groupe international⁷⁵⁰.

La clause de mobilité a pour conséquence d'étendre le pouvoir de direction, et il importe peu que la mise en œuvre de la clause résulte d'une mesure disciplinaire⁷⁵¹. La Cour

⁷⁴² Cass. Soc., 27 mai 1998, n° 96-41. 276, Bull. civ. V n° 283 : en l'espèce, le contrat de travail prévoyait que le salarié affecté à Lyon pouvait exécuter sa prestation de travail en fonction des nécessités de l'entreprise dans un autre lieu que celui d'affectation. Les juges ont considéré que le contrat de travail ainsi rédigé ne comportait pas de clause de mobilité ; la clause précisait que le salarié était informé et acceptait les déplacements professionnels.

⁷⁴³ Cass. Soc., 23 janvier 2002, n° 99-46. 245

⁷⁴⁴ Cass. Soc., 3 juin 2003, n° 01-40. 376, Bull. civ. V, n° 185 ; Cass. Soc., 21 janvier 2004, n° 02-12. 712, Bull. civ. V, n° 26

⁷⁴⁵ Ainsi, toute clause de mobilité doit fixer les limites du changement du lieu de travail et ne peut prévoir une rupture de plein droit en cas de refus de mobilité

Voir en ce sens, Cass. Soc., 24 juin 2003, n° 01-42. 535 : il est déconseillé d'utiliser une clause trop générale ne permettant pas au salarié d'appréhender la véritable étendue géographique de sa mobilité acceptée ou le plus souvent consentie.

Cf M. C. HALLER « Une clause de mobilité sans limite est une clause nulle », JSL, n° 148, 29 juin 2004

Cass. Soc., 19 mai 2004, n° 02-43. 252 : La Cour de cassation prononce la nullité de la clause de mobilité après avoir relevé « d'une part l'absence de limite dans laquelle la mutation du salarié pouvait intervenir et d'autre part que la clause prévoyait que tout refus du salarié emporterait la rupture du contrat de travail »

⁷⁴⁶ Ainsi a été validé une clause de mobilité à Paris, en région parisienne ou en province : Cass. Soc., 10 juin 1997, n° 94-43. 889

⁷⁴⁷ Voir en ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « Le droit et la gestion des départs », Dr. Soc., 1992, p. 581

⁷⁴⁸ Cf Cass. Soc., 19 avr. 2000, n° 98-41. 078, JSL, n° 58-7 : il a été jugé qu'une clause de mobilité prévoyant la possibilité de détachement du salarié dans un des établissements de la caisse régionale d'un organisme bancaire qui l'employait ne s'appliquait qu'aux établissements existants à l'époque de la signature du contrat et non à un GIE constitué ultérieurement à la suite d'un rapprochement entre caisses régionales.

⁷⁴⁹ Cass. Soc., 20 octobre 1998, n° 86-43. 227 : une clause peut prévoir que le salarié sera muté « dans toute société ayant un lien juridique avec l'entreprise et en tout lieu géographique correspondant à la zone d'exploitation des journaux et publications desdites sociétés. »

⁷⁵⁰ Cass. Soc., 20 octobre 1998, Dr. Soc. 1999, p. 95, observations I. VACARIE

⁷⁵¹ Cass. Soc., 11 juillet 2001, Bull. civ. V, n° 265

de cassation a même admis, qu'une clause de mobilité n'était pas incompatible avec la contractualisation du lieu de travail⁷⁵². L'employeur est toutefois tenu d'observer strictement les conditions de forme prévues par le contrat de travail et/ ou la convention collective⁷⁵³.

362 En l'absence de dispositions conventionnelles ou contractuelles précises sur les modalités de la mise en œuvre de la clause de mobilité, la jurisprudence exige le respect d'un délai de prévenance suffisant. L'employeur doit laisser un délai raisonnable entre le moment de l'information et la réalisation effective de la mobilité. La notion de délai raisonnable dépend des circonstances de fait, notamment de la distance géographique entre les deux lieux de travail et des contraintes que le changement de lieu fait peser sur le salarié^{754 755}.

De même, un arrêt⁷⁵⁶ dont la portée est difficile à connaître encore aujourd'hui, énonce implicitement que ne serait pas valable la clause, qui ne précise pas la limite dans laquelle la mutation du salarié peut intervenir. En effet, si la clause est ambiguë dans sa rédaction, le juge aura tendance à l'interpréter dans un sens favorable au salarié conformément à l'article 1162 du Code civil⁷⁵⁷.

Par ailleurs, il faut constater que, si certaines clauses sont parfaitement explicites, d'autres méritent un examen plus approfondi ; or, l'interprétation d'une clause contractuelle est parfois difficile : ainsi de l'opposition clause de mobilité/clause d'affectation, mais aussi clause de mobilité nationale et internationale, dès lors que la société s'insère dans un groupe.

II- La mobilité : une qualité indispensable au sein d'un groupe de sociétés

363. L'essor considérable du commerce mondial, la multiplicité des groupes internationaux et des sociétés multinationales ont transformé les rapports de travail. En effet, la conquête des marchés extérieurs exige une mobilité accrue des cadres quasi-indépendants qui, de plus en plus souvent, vont être amenés à exécuter leur contrat de travail à l'étranger⁷⁵⁸. Bien souvent, il s'agit même « d'un passage obligatoire » dans le déroulement de carrière des

⁷⁵² Cass. Soc., 22 janvier 2003, n° 00-42. 637

⁷⁵³ Cass. Soc., 16 juillet 1997, n° 94-45. 137 : conformément aux dispositions de la convention collective, l'entretien avait bien eu lieu et le document avait été fourni, le salarié qui ne rejoint pas son nouveau lieu de travail commet une faute grave, peu importe, qu'il ait jugé incomplètes et contradictoires les informations recueillies au cours de l'entretien.

⁷⁵⁴ Cass. Soc., 3 juin 1997, n°94-43. 476 : A été jugé insuffisant un délai de deux semaines pour une mutation de Marmande à Pau

⁷⁵⁵ Cass. Soc., 28 février 2001, n° 97-45. 545, Bull. civ. V n° 64 : En revanche, l'employeur peut aviser le salarié, en respectant un préavis supérieur à celui initialement prévu par la clause de mobilité.

⁷⁵⁶ Cass. Soc., 19 mai 2004, n° 02-43. 252, JSL 2004, n° 148

⁷⁵⁷ Cass. Soc., 12 mai 2004, n° 02-42. 018

⁷⁵⁸ Cf. J. M. BERAUD, « Le départ pour l'étranger du salarié détaché ou expatrié », Dr. Soc., 1991, p. 827

cadres et l'expatriation est alors une technique de gestion de ressources humaines pour les groupes⁷⁵⁹ (A). Les mobilités sont encore plus délicates lorsqu'elles résultent de modifications structurelles (B).

A- La mobilité résultant de la politique de gestion de ressources humaines

Précisons, à titre liminaire, que la mobilité du lieu de travail peut entraîner une mobilité fonctionnelle⁷⁶⁰. Dès lors, un cadre qui accepte un changement de lieu de travail, accepte-t-il nécessairement une modification de ses fonctions à l'occasion de la nouvelle affectation ou bien la clause doit-elle le prévoir expressément ? En l'absence de solutions jurisprudentielles, la clause gagnera à prévoir que l'affectation emporte changement de fonctions.

364. Les cadres français installés à l'étranger, d'après un sondage récent⁷⁶¹, ces derniers ne sont pas mécontents : plus de la moitié des répondants affichent un revenu annuel supérieur à 45 000 Euros. Ils résident essentiellement en Europe, en Amérique du Nord ou en Asie du Sud-Est, mais contrairement à une idée largement répandue, seul un quart d'entre eux travaille dans les filiales de grandes entreprises françaises. Néanmoins, des insatisfactions fortes apparaissent : seuls 20 % des expatriés et détachés ont bénéficié, avant leur départ, d'une formation culturelle ou linguistique visant à faciliter leur intégration, et environ la moitié, mécontents de la gestion des carrières internationales, mises en place par leurs entreprises, redoutent le retour en France.

Il importe, donc, d'examiner les problèmes juridiques de la mobilité internationale dans un groupe⁷⁶² et la manière souvent déficiente de les aborder.

1) Les difficultés juridiques de l'expatriation

365. L'identification de l'employeur ne peut faire l'objet d'un conflit de lois ; il s'agit d'une question indépendante que le juge saisi doit trancher, selon les conceptions de son

⁷⁵⁹ Voir en ce sens, C. ROLLOT, « Les cadres ne s'expatrient plus, ils deviennent mobiles », Le Monde, 16 juin 2004 : D'après le ministère des affaires étrangères et une estimation APEC, seulement 4, 6 % de la population cadre travaille à l'étranger. Autre paradoxe, en six ans, toujours selon l'étude de l'APEC, c'est la population des employés expatriés qui a le plus fortement progressé (+ 25 %) et non celle des cadres (+ 22 %).

⁷⁶⁰ La mobilité dans l'espace induit souvent des changements de poste pour les cadres qui sont en contact avec la clientèle afin que ces derniers n'établissent pas des relations personnelles, de faveur entre le cadre et le client. Cette technique de mobilité de fonction sert à préserver l'indépendance professionnelle.

⁷⁶¹ Sondage en ligne réalisé au 30 janvier 2003, L'Express du 20 février 2003, p. 110

Sondage auprès de 1300 cadres par l'Institut Taylor Nelson Sofres

⁷⁶² Voir C. HILLIG-POUDEVIGNE et G. LOUVEL, « La notion de groupe à l'épreuve du droit social », JCP, E, 22 septembre 2005

propre système juridique. Si l'on examine la jurisprudence française, l'on constate que le problème de la loi applicable à la détermination de l'employeur n'est jamais directement envisagé : les juges se placent, d'une manière pragmatique, dans le cadre du droit français lorsqu'il leur faut prendre en considération le critère de détermination de l'employeur. Le critère choisi est celui de la conclusion du contrat, qui crée l'employeur en même temps que le salarié. La qualification d'employeur apparaît donc, en règle générale, d'une solution très simple et se confond avec le critère même du contrat de travail, à savoir celui de la subordination juridique. C'est donc celui qui exerce son autorité sur le salarié, dirige son travail, lui donne des ordres, qui apparaît comme l'employeur mais, les données se compliquent en cas d'expatriation.

L'expatriation, qui a pour effet d'amener le salarié à fournir sa prestation de travail dans le cadre d'une nouvelle entreprise, située à l'étranger, laisse penser que cette entreprise devrait se voir attribuer la qualité d'employeur. Cette qualité ne souffrira aucune contestation lorsque le travailleur français aura contracté directement avec l'entreprise étrangère, après s'être rendu lui-même à l'étranger, ou lorsqu'il aura négocié, en France, avec un représentant de l'entreprise étrangère. Mais, le plus souvent, l'expatriation est organisée au sein d'un groupe multinational, à l'initiative de l'entreprise d'origine. Il faut, dès lors, se demander si, dans une telle hypothèse, l'entreprise d'affectation est toujours l'employeur, ou tout au moins le seul employeur du cadre.

366. Pour trancher cette question, les juridictions françaises utilisent deux méthodes de raisonnement (le choix de la méthode étant fonction des circonstances de l'espèce.)

-La première consiste à prendre en considération le critère de direction économique : plutôt que de rechercher qui donne les instructions quotidiennes, exerce son autorité sur le salarié, les juges prennent en considération l'existence d'une gestion du personnel unifiée. La société d'origine se voit ainsi attribuer la qualité d'employeur, si c'est elle qui fixe les règles générales d'affectation ou qui définit la politique des rémunérations.

-La seconde se réfère au critère du lien de subordination juridique. En l'occurrence, comme elle l'avait déjà fait lorsqu'il s'agissait de déterminer l'employeur dans le cadre d'un groupe national, la jurisprudence a très largement rejeté le critère formel - la société qui a recruté le salarié et le rémunère - préférant un critère plus effectif, et recherchant, dans chaque cas, quel a été le dirigeant réel du salarié.

Dès lors, l'on peut rencontrer trois situations correspondant aux pratiques de gestion du personnel les plus fréquemment utilisées par les entreprises.

- Le détachement

367. Il caractérise le salarié dont le contrat de travail d'origine est maintenu, sans qu'un contrat de travail local soit nécessairement conclu. Le critère déterminant est celui du maintien du lien de subordination avec l'employeur d'origine, même si le salarié exécute momentanément sa prestation de travail à l'étranger. De ce fait, le cadre devra se plier au pouvoir de direction de l'entreprise d'accueil, notamment en ce qui concerne la réglementation intérieure, l'hygiène et la sécurité, mais il devra également respecter l'ordre public local, c'est-à-dire la durée du travail, les congés payés, l'hygiène et la sécurité, la grève. Cependant, le salarié détaché est maintenu sous la protection sociale de son pays d'origine, comme si, fictivement, il ne l'avait jamais quitté.

- La mise à disposition internationale

368. En pratique, il s'agit bien souvent d'une mise à disposition à partir d'une société mère française, dans une filiale étrangère de celle-ci, en vertu de l'article L. 122-14-8 du Code du travail. Cette mise à disposition internationale conduit à une dualité de contrats de travail. Le contrat de travail d'origine du salarié n'est pas rompu, il est maintenu avec une suspension le temps de la mission à l'étranger, une fois le salarié licencié de son emploi à l'étranger, il va être réactivé et imposé à l'employeur d'origine, outre son obligation de rapatriement, inhérente au pouvoir de direction, de reclasser le salarié dans un emploi compatible avec les précédentes fonctions du salarié, dans la société d'origine ou dans l'ensemble du groupe. A défaut, le cadre devra être licencié pour motif économique.

En vertu du droit communautaire, la loi de Sécurité sociale applicable est celle du lieu d'exécution du contrat, donc la loi du pays d'accueil, sauf si l'expatrié décide de s'affilier volontairement à la sécurité sociale française.

- Le transfert

369. Cette dernière situation caractérise l'expatriation de la manière la plus nette. Le contrat initial est définitivement rompu, d'un commun accord en principe, puisqu'il n'y a ni licenciement, ni démission, et le salarié dispose d'un nouveau contrat de travail que lui propose l'entreprise d'accueil.

Ainsi, le salarié, qui se déplace au sein d'un groupe de sociétés, dispose de trois modes de réglementation de ses déplacements ; or, le choix de l'un ou l'autre n'est pas neutre, puisqu'il engendre des modifications quant à la situation du salarié, tant au niveau de sa protection sociale, que de sa relation de travail. L'expatriation, a pour effet de faire passer le salarié d'un cadre protecteur rigide, dans lequel la loi et la convention collective fixent, de

manière impérative, ses droits et ses obligations, à un contexte différent où ces derniers devront être redéfinis⁷⁶³.

370. Il faudra, dès lors, préciser les règles applicables à la nouvelle relation de travail. Pour autant, la protection du salarié ne sera pas, pendant l'expatriation, laissée à la seule autonomie de la volonté ; en effet certaines règles de principe permettent de tracer un embryon de cadre juridique protecteur des intérêts du salarié, quant à sa santé et sa sécurité.. Dès lors qu'elle exerce une parcelle d'autorité sur le travailleur expatrié, l'entreprise d'affectation va être tenue de respecter, à son égard, certaines règles impératives de la loi locale visant à protéger sa santé et sa sécurité.⁷⁶⁴ Ainsi, les dispositions relatives à la durée du travail, aux congés, à la protection des femmes et des enfants, à l'hygiène et à la sécurité, en vigueur au lieu de travail, seront appliquées indépendamment de la volonté des parties.

371. En pratique, l'on constate souvent que, dans les rapports, existant entre l'employeur étranger et le cadre expatrié, le droit étranger est peu protecteur des intérêts du travailleur ; et l'on réalise l'importance du maintien du lien contractuel, régi par le droit français. Cependant la protection du droit français peut être altérée par l'élément d'extranéité, lié à l'exécution du travail à l'étranger. A ce titre, la jurisprudence relative à la grève en est la parfaite illustration : lorsqu'un salarié se met en grève en méconnaissant les limites ou les interdits du pays où il se trouve, le statut protecteur prévu par le Code du travail français ne lui est plus applicable⁷⁶⁵.

372. Parallèlement, cette altération peut aussi jouer en faveur du salarié ; par exemple, certaines clauses relatives à la rémunération sont admises dans les contrats de travail à caractère international, alors qu'elles sont condamnées dans les contrats internes. A titre d'exemple, une partie du salaire, versée dans le pays d'affectation en monnaie locale, pourrait être indexée sur le coût de la vie dans ce pays, car cette clause ne tomberait pas sous le coup de l'interdiction légale, étant en relation directe avec l'objet d'un contrat de travail exécuté à l'étranger.

373. En ce qui concerne la rémunération, celle-ci se compose de plusieurs éléments : le salaire de base, les montants incitatifs au déplacement à l'étranger, la prise en compte des différentiels de coût de la vie et de niveau de vie entre le pays d'origine et le pays d'accueil,

⁷⁶³R. CHARBIN et P. STEICHEN-DORNIER, « Salarié expatrié », Droit ouvrier, février 1991
P. TAQUET, « Détachement, expatriation », Semaine Sociale Lamy 1993, supplément n° 651

⁷⁶⁴J. MATHIEU, « Expatriation et conflits de lois », Petites Affiches 21 juin 1996

⁷⁶⁵Cass. Soc., 17 juin 1982, Bull. Civ., V, n° 401, p. 297

Un salarié envoyé au Gabon qui se met en grève, sans passer par la phase de conciliation et d'arbitrage prévue par le Code du travail gabonais, commet une faute lourde. La Cour de cassation est allée jusqu'à déclarer la

des sujétions propres au déplacement du salarié et de sa famille, et des différentiels de protection sociale, de coût fiscal et social entre le pays d'origine et le pays d'accueil. Par ailleurs, il est souvent prévu, que pendant l'expatriation, s'ajoute à la rémunération de l'intéressé, outre la mise à disposition d'un véhicule, une prime d'expatriation. Exprimé en général, en pourcentage de salaire annuel brut, cet avantage est destiné à récompenser les efforts, voire les sacrifices, liés à l'isolement, à une séparation familiale, ou une prise de risque, consentis par le cadre et les membres de sa famille. Elle est versée soit en France, soit à l'étranger, dans la devise du pays. Les salariés expatriés (travaillant à l'étranger mais liés à un employeur français), continuent aussi à bénéficier de la participation, peu important la loi applicable au contrat⁷⁶⁶.

Cependant, malgré ces aspects financiers favorables, l'expatriation génère certains inconvénients.

2) Les difficultés « psychologiques » de réadaptation du cadre

374. Outre les problèmes locaux posés par les pays eux-mêmes, telle que la pneumonie atypique en Asie du Sud-Est⁷⁶⁷, qui imposent aux entreprises françaises de multiplier les mesures de précaution (consignes de sécurité, mise en place de cellules de surveillance, contacts réguliers avec des médecins, voire rapatriement des familles...), les entreprises doivent gérer les retours du cadre, avec toutes les difficultés qui surviennent⁷⁶⁸. Dans le jargon des spécialistes de l'expatriation, le « retour » recouvre l'ensemble des conditions, offertes aux cadres en mobilité internationale, pour s'assurer qu'ils réintègrent leur entreprise d'origine dans les meilleures conditions : rémunération, relocalisation avec aide à la recherche au logement, éventuellement à la recherche d'emploi pour le conjoint et par-dessus tout, proposition d'un poste à la mesure du salarié, qui a enrichi ses compétences techniques et manageriales dans une filiale lointaine, ceci afin d'éviter les frustrations, après une grande aventure et les tentations d'un départ, souvent vers le concurrence. Ainsi, les expatriés

rupture du contrat imputable au salarié qui avait été expulsé d'Afrique du Sud à la suite de sa participation à une grève interdite par la loi, alors qu'il s'était engagé par écrit à respecter les dispositions de cette loi.

⁷⁶⁶ Cass. Soc., 22 mai 2001, Cass. Soc., 29 oct. 2002, SSL, 16 nov. 2002

Il y a lieu de leur appliquer les modalités de calcul et de répartition de la réserve spéciale de participation de la même manière qu'aux salariés travaillant en France, peu importe la loi applicable au contrat. Ainsi, ces deux arrêts posent le principe que les modalités de calcul et de répartition ne peuvent faire l'objet d'une distinction, selon que les salariés d'une même entreprise travaillent en France ou à l'étranger. La chambre sociale interdit toute inégalité de traitement entre les salariés, selon qu'ils travaillent en France ou à l'étranger.

⁷⁶⁷ A. BARIET et C. LACOURCELLE, « Des expatriés sous haute surveillance », *Entreprises et Carrières*, 14 avril 2003

⁷⁶⁸ G. LE NAGARD, « Expatriation, le casse-tête des retours », *Entreprises et carrières*, 17 juin 2002

deviennent une population à fidéliser d'urgence, d'autant plus qu'une expérience à l'international s'avère de plus en plus une figure obligée de l'accession à la sphère divergente. De même, il faut penser à la famille, c'est pourquoi certains grands groupes peuvent financer une mission d'outplacement au retour pour le conjoint^{769 770}.

375. Selon les propos du président du groupe « Retour Expatriation »⁷⁷¹ et d'un spécialiste de la mobilité internationale⁷⁷², les difficultés les plus complexes au retour d'expatriation, sont de nature psychologique. L'expatrié, qui rentre avec une situation soudain beaucoup moins favorable qu'auparavant, ressent une perte de rémunération, de statut, d'autonomie. Lors de la réintégration, le cadre qui a souvent le sentiment de s'être beaucoup battu, peut avoir l'impression d'être traité avec ingratitude, affecté à un poste qu'il considère comme insuffisant par rapport à ses nouvelles compétences, et son parcours. Le risque est, soit de se marginaliser au sein de l'entreprise, soit d'enchaîner les missions à l'étranger⁷⁷³.

376. Aujourd'hui pourtant, les entreprises s'efforcent de mieux intégrer l'expatriation dans une gestion globale de carrière de conserver un lien avec leurs expatriés, évaluer leurs performances, pour mieux prévoir le retour. Cependant, les difficultés d'ordre affectif au retour sont encore peu prises en compte, des efforts sont à faire sur les politiques de transferts, à en croire les expatriés eux-mêmes⁷⁷⁴. Une bonne gestion de carrière des expatriés s'appuie sur l'évaluation précise de leurs résultats et pour cela, il faut avant tout que les objectifs de la mission soient clairs et l'évolution du salaire de référence français, le rapatriement et la réintégration prévus au départ⁷⁷⁵.

⁷⁶⁹ C'est le cas de Renault qui veille à la qualité de l'enseignement pour les enfants expatriés, grâce à des écoles Renault montées en partenariat avec la mission laïque et parfois ouverte aux enfants d'expatriés d'autres entreprises sur place. La réintégration dans des cycles scolaires normaux pour les enfants pose ainsi moins de problèmes à leurs parents.

⁷⁷⁰ Centre interentreprises de l'expatriation (CINDEX), organisme de partage d'informations sur la mobilité internationale rassemble quelques-unes des entreprises françaises qui comptent le plus d'expatriés. Elles participent à une bourse commune aux emplois locaux pour les conjoints et met en œuvre une disposition leur permettant de bénéficier d'une suspension de contrat dans leur entreprise.

⁷⁷¹ J. PAUTROT, DRH à la direction des Grands projets d'EDF, il a été DRH international d'EDF-GDF Services pendant cinq ans

⁷⁷² J.L. CERDIN, « L'expatriation », Editions d'Organisation, novembre 2001, 344 pages. Ce spécialiste de la mobilité internationale consacre dans son ouvrage plusieurs chapitres à la mesure de la performance des expatriés, à leur motivation et leur carrière, ainsi qu'aux conditions de retour.

⁷⁷³ Dans une enquête de KPMG, réalisée auprès de cinquante gestionnaires de mobilité internationale en mars 2002, 29 % d'entre eux considéraient qu'ils devaient favoriser la préparation du retour et 50 % qu'ils devaient soigner la réintégration, des étapes estimées aussi critiques que celles de la préparation au départ ou du suivi de la mission.

⁷⁷⁴ Sur 1200 d'entre eux, interrogés en 2002 par HSD ERNST & YOUNG, 20 % expliquaient être partis avec une vision irréaliste de l'objectif de leur mission et avec le même flou sur les caractéristiques du poste qui les attendait pour un tiers.

⁷⁷⁵ P. COURSIER, « L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à la disposition d'une filiale à l'étranger », Dr. Soc., mai 1994

377. Dans les grands groupes, il est fréquent de proposer des tuteurs aux expatriés, mais les relations avec le tuteur restent insuffisantes, même si l’Intranet peut être une source d’information pour les expatriés, dans la plupart des entreprises.

B- La mobilité liée à des modifications structurelles

La réorganisation de l’entreprise peut impliquer des mobilités du cadre (1), pouvant, par la suite, engendrer des licenciements (2).

1) Les transferts d’entreprise et les restructurations

378. Les groupes de sociétés procèdent souvent à des modifications de leurs structures juridiques, couramment appelées opérations de restructuration interne, réalisées dans un souci d’économie d’échelle ou de simplification de l’organigramme du groupe⁷⁷⁶. Les fusions ou scissions ont bien entendu des conséquences sur les cadres et sur le lieu de travail. Qu’elles interviennent entre sociétés appartenant au même groupe ou entre sociétés n’ayant aucun lien entre elles, les restructurations exposent le plus souvent les cadres des entreprises concernées à d’importants changements affectant tant leur statut individuel que collectif⁷⁷⁷.

379. Aux termes de l’article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail, « *s’il survient une modification dans la situation juridique de l’employeur, notamment par succession, vente ou fusion, transformation du fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l’entreprise.* »⁷⁷⁸

Cependant, toutes les restructurations n’impliquent pas transfert d’entreprise : certaines n’entraînent qu’une réorganisation interne, pouvant le cas échéant justifier le licenciement de salariés. Les salariés ne sauraient refuser leur transfert, même si celui-ci leur est défavorable⁷⁷⁹, le changement d’employeur en application de l’article L. 122-12 alinéa 2 du

⁷⁷⁶ Par exemple, la société mère absorbe certaines filiales, une filiale en absorbe d’autres, certaines filiales fusionnent entre elles pour donner naissance à une nouvelle filiale.

⁷⁷⁷ Lorsqu’une restructuration affecte considérablement les salariés, notamment en cas de délocalisation, de fermeture d’entreprises ou d’établissements ou de licenciements collectifs, elle doit donner lieu à l’information et à la consultation du comité d’entreprise européen.⁷⁷⁷

Voir en ce sens, F. FAVENNEC-HERY, « Le rôle de la négociation collective », Droit Social, mars 2004

⁷⁷⁸ Sur les transferts d’entreprises, voir B. TEYSSIE, « Sur les transferts d’entreprise en droit social », Droit Social, juillet/août 2005, « Délocalisation d’entreprise et relations collectives de travail », Ibid.

F. FAVENNEC-HERY, « La consultation des représentants du personnel sur le transfert de l’entreprise », Ibid

⁷⁷⁹ Par exemple du fait de la perte du statut collectif dont ils bénéficiaient auparavant : CA Paris, 20 juin 1997, RJS 11/97, n° 1207

Code du travail ne constituant pas en soi une modification du contrat de travail⁷⁸⁰. Les salariés qui refusent de poursuivre leur contrat de travail antérieur avec le nouvel exploitant commettent une faute susceptible de justifier leur licenciement⁷⁸¹.

380. En revanche, le changement du lieu de travail peut s'accompagner de modifications du contrat qui peuvent être refusées par le salarié. En effet, l'application de l'article L. 122-12, al. 2 ne fait pas obstacle à l'exercice par le nouvel employeur de son pouvoir de direction, et la modification des contrats décidée dans le cadre de la réorganisation de l'entreprise, est le plus souvent jugée justifiée⁷⁸².

Les restructurations entraînent donc des mobilités imposées qui peuvent, se terminer par un licenciement.

2) Les aléas de l'expatriation renforcés par les restructurations

381. Les aléas de l'expatriation sont renforcés par les restructurations, où environ 12 % des postes, en majorité de cadres supérieurs, sont supprimés. Les changements de stratégies ne permettent pas toujours aux expatriés de retrouver un poste et, progressivement, ils sont remplacés par des locaux, à la direction des filiales⁷⁸³. En outre, la mobilité des cadres occupant des fonctions de direction dans les groupes de sociétés internationaux suscite du

⁷⁸⁰ Cass. Soc., 15 novembre 1994, n° 4565 D

⁷⁸¹ Cass. Soc., 18 novembre 1998, n° 1418 P

Tel est le cas du directeur du département « portes automatiques » d'une entreprise qui refuse son transfert après filialisation de cette activité, alors que ce transfert n'entraînait aucune modification de son contrat et en particulier aucune mise en cause de son statut de directeur salarié

⁷⁸² Le nouvel employeur peut sans abus modifier les attributions d'un salarié pour les adapter à l'organisation de son entreprise et les harmoniser avec celles des autres salariés de sa catégorie : Cass. Soc., 9 novembre 1977, SA Clinique de Beaumont « La Châtaigneraie » c/ Diondonnat : Bull. civ. V, n° 606

⁷⁸³ En ce sens, M. C. HALLER, « De la spécificité des clauses de garantie d'emploi des cadres expatriés », JSL n° 135-136, 18 déc. 2003 : une clause de garantie d'emploi stipulée dans un contrat à durée indéterminée ne modifie pas la nature juridique du contrat mais a pour effet d'interdire à l'employeur de licencier le salarié pendant une certaine période. Le non respect de cette clause entraîne deux conséquences : l'employeur est d'abord tenu de verser au salarié des dommages et intérêts correspondant au moins aux salaires que ce dernier aurait dû percevoir jusqu'à la fin de sa garantie d'emploi ; le licenciement prononcé en violation d'une clause contractuelle de garantie d'emploi est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Cass. Soc., 29 oct. 2003, n° 01-43. 970 : confronté au caractère imprécis et ambigu d'une clause prévoyant une mission d'une durée de quatre ans, les juges du fond ont pu estimer que conformément à l'usage concernant les contrats de travail des cadres expatriés, la clause litigieuse ne constituait pas une garantie d'emploi, mais prévoyait simplement une durée prévisible de l'affectation à l'étranger sans exclure la possibilité d'une rupture pendant la période d'essai. La Cour de cassation rejette le pourvoi du salarié en refusant d'analyser la clause litigieuse en une clause de garantie d'emploi : « *Sur le fondement de l'article 1159 du Code civil que conformément à l'usage concernant les contrats de travail des cadres expatriés, la clause précitée ne constituait pas une garantie d'emploi, mais prévoyait seulement une durée prévisible de l'affectation en Italie sans exclure la possibilité d'une rupture du contrat de travail pendant la période de quatre ans.* »

Dès lors, face à l'interprétation de clauses baptisées de garanties d'emploi ou revendiquées comme telles, il appartient aux juridictions du fond de décider si la durée envisagée est une durée minimale ou une durée simplement indicative.

contentieux, lorsqu'au terme de l'expatriation, le cadre ne s'est pas vu offrir un nouveau poste⁷⁸⁴ ou a refusé une mutation⁷⁸⁵.

382. Or, seul un article du Code du travail encadre expressément le retour des expatriés et détermine, assez précisément, les conditions de réintégration⁷⁸⁶, mais il aborde le seul cadre des relations entre société mère et filiales ; or il y a beaucoup de transferts entre les filiales, et les spécialistes du droit⁷⁸⁷ essaient de jouer sur le texte en cas de mobilité de filiale à filiale. Bien souvent, l'obligation de rapatriement est le volet le moins contraignant et c'est la réintégration qui apparaît problématique. *« Le salarié doit, en effet, retrouver une fonction équivalente à celle qu'il occupait au départ et les contentieux exposent l'entreprise à un risque fort ; les indemnités de licenciement et le préavis sont calculés sur la base du dernier salaire, soit celui, généralement très favorable, perçu pendant l'expatriation »*. Le texte légal impose une obligation de moyens, qui implique des efforts suffisamment sérieux et persistants de la part de l'employeur.⁷⁸⁸

383. Si l'employeur réintègre l'expatrié dans un « poste d'attente », ce dernier peut prendre acte d'une rupture pour modification du contrat de travail. De même, l'entreprise ne pourra pas opérer la réintégration sur une base de salaire de référence en France, qui n'aurait pas évolué depuis le début de la mission. Il faut, en effet, le faire progresser au même rythme que les salariés de même niveau ou à la même fonction, sur le fondement du principe *« à travail égal, salaire égal »*. Quant à l'ancienneté du cadre, acquise auprès de la filiale étrangère, nombreuses sont les conventions collectives françaises qui en prévoient la prise en compte⁷⁸⁹.

En cas de violation par l'employeur de son obligation de reclassement, la sanction paraît devoir être identifiée, par référence à la jurisprudence développée en matière de licenciement pour motif économique⁷⁹⁰. Le licenciement intervenu en violation de l'obligation de reclassement doit être qualifié sans cause réelle et sérieuse⁷⁹¹.

⁷⁸⁴ Voir Cass. Soc., 20 octobre 1998, n° 4190 P

⁷⁸⁵ Cass. Soc., 20 octobre 1998, Droit Social, janvier 1999, observations I. VACARIE

⁷⁸⁶ Article L. 122-14-8 alinéa 2 du Code du travail, une fois le salarié rapatrié, la société mère doit « lui procurer un nouvel emploi compatible avec l'importance de ses précédentes fonctions au sein de la société mère ».

⁷⁸⁷ Tel que S. FREGARD, avocat cabinet BARTHELEMY & Associés

⁷⁸⁸ Cass. Soc., 11 décembre 1984, Lamy Social 1984, n° 284

⁷⁸⁹ Voir par exemple, Convention. Collective. Nationale de la transformation des papiers et cartons et industries annexes ; convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique

⁷⁹⁰ Rapprochement Cass. Soc., 1^{er} avril 1992, Droit Travail 1992, commentaire 293

⁷⁹¹ Voir en ce sens, Cass. Soc., 4 décembre 1985, Bull. civ. V, n° 569 ; Cass. Soc., 4 juin 1987, Bull. civ. V, n° 359

384. De fait, le plus souvent, les ruptures de contrat en fin d'expatriation génèrent peu de contentieux mais plutôt des transactions⁷⁹².

*

* *

385. Ainsi, les mobilités présentent l'avantage de proposer une carrière riche en expériences diverses dans une même entreprise et d'assurer positivement une fidélité au cadre. La mobilité géographique des cadres quasi-indépendants semble, dès lors, érigée au rang de principe ; manifestement, *« ces salariés peuvent subir, en raison de leurs responsabilités et de leur niveau de rémunération, un certain nombre de contraintes et de sujétions, qu'on ne saurait imposer aux autres salariés »*⁷⁹³. Mais cette mobilité peut créer des contraintes violant les libertés du salarié, notamment la liberté du travail, ou porter atteinte à des droits fondamentaux dont le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale⁷⁹⁴.

A côté des contraintes « pratiques », organisationnelles, voire logistiques, auxquelles ils sont confrontés, les cadres quasi-indépendants se voient conseillés des lignes de conduite et des investissements personnels, car leurs comportements sont susceptibles d'avoir des répercussions sur l'image donnée par l'entreprise : il s'agit, alors, de contraintes psychologiques.

| |
|--|
| Chapitre 2- Les contraintes psychologiques dans l'exercice des fonctions |
|--|

386. Les cadres quasi-indépendants sont victimes d'un discours sur la performance mais également de la mode du « savoir être » ; les exigences ne cessent de grandir et englobent désormais le relationnel. Le cadre doit, non seulement, être compétent, mais il doit aussi respecter certains modèles de comportement mis en place par l'entreprise (Section 1).

Toutefois, cette adhésion exigée du cadre, doit veiller à ne pas empiéter sur le respect de ses droits fondamentaux (Section 2).

⁷⁹² J. DEPREZ, « Licenciement des cadres dans les groupes multinationaux, identification de l'employeur et détermination de la loi applicable », RJS, mars 1998

⁷⁹³ Cass. Soc., 4 janvier 2000, Mme Henri C/ Sté Coulet et fils, Bull. civ. V, n° 4 ; Dr. Soc. 2000, p. 550, obs. J. MOULY

⁷⁹⁴ M. MORAND, « Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP, E, 8 mai 2003
« Ainsi les contraintes imposées à la vie familiale et les restrictions apportées au libre choix du lieu de vie personnelle peuvent rendre nécessaire ce contrôle de proportionnalité entre aspiration personnelle et obligations professionnelles. La liberté du travail peut justifier le libre choix du lieu de vie ».

Section 1 : La nécessité d'une symbiose avec l'entreprise

La motivation au travail peut venir de la renommée de la société qui est une forme de rétribution. Mais cette gratification ne va pas sans contrepartie, en particulier dans les entreprises à très forte culture : le cadre quasi-indépendant entrant dans une entreprise doit adopter son image et même la représenter, l'incarner aux yeux d'autrui ⁷⁹⁵(I). Au risque d'abandonner ses convictions et de renoncer à son identité⁷⁹⁶, l'implication imposée au cadre dépasse même les portes de l'entreprise (II).

I- L'adhésion nécessaire à la culture interne d'entreprise

387. En raison de leur position particulière dans l'entreprise, les cadres sont tenus de remplir parfaitement leurs obligations professionnelles, mais ils ont également un rôle de représentation de l'entreprise⁷⁹⁷, qui leur impose des contraintes de comportement bien plus fortes. En effet, les cadres quasi-indépendants ont pour mission de faire appliquer la politique générale, définie par le chef d'entreprise, voire, même, de participer à son élaboration : il apparaît donc indispensable qu'il existe entre l'employeur et ses cadres une certaine « unité de vues » sur les orientations techniques, financières, commerciales, ou sociales à mettre en œuvre⁷⁹⁸.

Pour faire passer ses messages et créer la culture de l'entreprise, le chef d'entreprise a recours à divers supports juridiques, dont il convient de cerner les contours (A) et les limites (B)

⁷⁹⁵ Cf C. AUBE, « Coaching, ne dites pas à ma mère que je suis chez Andersen », Enjeux, Les Echos, novembre 2004. L'image d'Arthur Andersen était tellement marquée qu'on identifiait ses cadres à partir de leur vocabulaire, de leur allure générale, de leur comportement. « *Costume sombre, cheveux ras, élégance de tueur, Andersen marquait ses cadres.* »

⁷⁹⁶ Voir en ce sens, M. LEBAILLY, A. SIMON, « Anthropologie de l'entreprise. Gérer la culture comme un actif stratégique », Village mondial, 2004

⁷⁹⁷ Voir en ce sens, C. ROLLOT, « Un bon dirigeant est un cadre cultivé », Le Monde, 8 juin 2004

⁷⁹⁸ Cf V. DEVILLECHABROLLE, « Cadres/direction, le fossé se creuse », Liaisons Sociales, magazine, octobre 2004 : Les cadres de haute technicité ont de plus en plus de mal à suivre les orientations de leurs entreprises ; ainsi, un tiers d'entre eux reconnaissent ne pas adhérer aux orientations stratégiques de leur employeur. Depuis que les entreprises se sont lancées dans des stratégies de croissance internationale, les cadres qui s'estiment très proches de la direction générale se sentent abandonnés. De plus, les cadres dirigeants ne se donnent plus vraiment la peine de convaincre les managers du bien-fondé de leurs décisions : à peine un cadre sur quatre se déclare satisfait de la façon dont il est consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise.

A- L'importance de la culture d'entreprise

388. Depuis quelques années, les sociétés incitent leurs salariés à adhérer à des chartes ou autres valeurs de l'entreprise. Elles cherchent, à travers ces procédés, à favoriser l'identification des salariés et notamment des cadres à leur entreprise, à resserrer leurs liens. Il est alors intéressant de voir les moyens dont disposent les entreprises pour que les cadres adhèrent à la culture d'entreprise.

De par leur position stratégique dans l'entreprise, il est primordial que les cadres quasi-indépendants se voient prodiguer des conseils en terme de management, des lignes de conduite, c'est, alors, la sphère de l'éthique⁷⁹⁹ de l'entreprise qui est concernée. Toutefois, il ne s'agit plus d'imposer des normes déontologiques, afin d'être en paix avec sa conscience ou de satisfaire à certaines obligations. S'il est aujourd'hui question d'éthique⁸⁰⁰ dans les entreprises les plus performantes du monde, c'est que la réussite, pour être durable, y est reconnue comme étant fonction de la cohérence que l'on est parvenu à créer, des droits et devoirs impartis à chacun, et de la finalité de l'entreprise.

389. Il est important de donner une définition de « l'éthique sociale » que l'on peut emprunter au grand moraliste allemand A.UTZ⁸⁰¹. Selon lui, « *l'éthique sociale a un objet propre qui ne s'identifie pas simplement avec l'objet de l'éthique en général* ». Il en découle des problèmes qui relèvent, les uns de la morale individuelle les autres de l'éthique sociale. Autrement dit, l'éthique sociale considère les devoirs personnels qui s'imposent à l'homme, dès lors qu'il fait partie d'un groupe humain organisé, ainsi que les droits qui doivent lui être garantis dans la mesure où ils conditionnent la réalisation de ces finalités personnelles.

La plupart de nos compatriotes recherchent de la réussite personnelle mais, il reste à définir en quoi consiste la réussite personnelle. S'agit-il seulement d'accéder à une position sociale qui permettra de bénéficier de la considération générale ou s'agit-il uniquement de se procurer de l'argent ?

390. De fait, les hommes se voient confronter à des problèmes éthiques soulevés par les nouvelles formes de management. L'attention accordée à l'entreprise, ainsi que certains

⁷⁹⁹ Voir en ce sens, A. BOUILLIN, « Ethique, les cadres se rebiffent », L'express, 1/3/2004

Les cadres sont de plus en plus nombreux à réclamer le droit de s'opposer à leur hiérarchie ; ils sont partagés entre le respect des consignes de l'entreprise et la volonté de suivre ce que leur dicte leur conscience.

⁸⁰⁰ I. DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion », JCP, G, 26 février 2003

⁸⁰¹ A. UTZ, « Ethique sociale » (2 volumes), Editions Universitaires Fribourg Suisse, 1960

aspects des nouvelles formes de management ont fait l'objet d'analyses critiques⁸⁰² allant de pratiques extravagantes⁸⁰³ à d'autres plus anodines, telles que les cercles de qualité ou les démarches en terme de « projet d'entreprise ».

En effet, l'entreprise ne réclame plus seulement aux salariés et notamment aux cadres quasi-indépendants, un temps de présence, une compétence, une force de travail ; de plus en plus elle exige une adhésion, si possible enthousiaste à son projet et à ses valeurs fondamentales. Elle impose un « engagement personnel » qui peut se traduire, pour les cadres, par une extension importante des horaires de travail au détriment de la vie privée ou par une participation obligée à des séminaires, en vue parfois de modifier la personnalité même de l'intéressé.⁸⁰⁴

391. Au-delà de leur portée, ces remarques suscitent un appel à la réflexion. Leur publication répond, sans aucun doute, à un mouvement d'opinion : nombre de cadres, inquiets, se demandent quelle est la signification des règles du jeu, qui se mettent en place et au nom desquelles leurs employeurs sollicitent leur « participation active ». D'autres y voient une remise en cause de leur statut, de leur sécurité, mais aussi des valeurs morales auxquelles ils étaient attachés. D'autres, enfin, craignent de s'engager trop profondément dans une aventure dont ils n'auraient choisi ni les objectifs, ni les moyens.

392. Si l'on prend la théorie de l'éthique traditionnelle des hommes d'affaires américains, celle-ci a souvent été traduite en une formule lapidaire : « business is business » ; cette formule peut se traduire autrement : « *à partir du moment où les affaires sont en jeu, tous les coups sont permis* ». Cela conduit alors à mettre une cloison étanche entre les principes qui gouvernent la vie professionnelle et ceux de la vie privée.

Dès lors, les normes relevant de l'éthique prennent de l'importance et, en réponse à la mise en jeu de plus en plus fréquente de leur responsabilité pénale, notamment en matière

⁸⁰² M. VILLETTE, « L'homme qui croyait au management » : l'auteur raconte, sur un ton sarcastique, son expérience de consultant

N. ROUSSEAU, P. MERLANT, « Le culte de l'entreprise », Ed. Autrement, 2002

« Gourous, zen, astrologie : les cadres deviennent-ils fous ? », L'Express, 10 février 1989

⁸⁰³ Voir en ce sens les procédures de recrutement fondées sur la numérologie ou l'astrologie, les « stages de survie » et les séminaires « hors limite » comportant des épreuves initiatiques (saut dans le vide, marche sur le feu...)

⁸⁰⁴ Voir en ce sens, l'Expansion, juin 2001 où un inspecteur du travail relate « *A notre sens, la mesure la plus insidieuse- sinon la plus massive- contre la vie privée concerne tout le discours ambiant, tellement à la mode, sur la culture d'entreprise. Les cadres en sont spécialement victimes. Ce modèle idéologique et comportemental devient dominant et grignote la sphère de la vie privée. Il déstructure complètement la notion, naguère évidente, de temps disponible, avec des conséquences néfastes sur la vie de famille ou l'équilibre nerveux des intéressés. L'entreprise prétend tout régir au nom de sa compétitivité.* »

sociale⁸⁰⁵, les entreprises multiplient les publications éthiques, qui prennent des formes diversifiées.

1) Les chartes d'éthique⁸⁰⁶

393. Nombre d'entreprises édictent des chartes d'éthique⁸⁰⁷ ou de déontologie, en infligeant des sanctions à l'encontre des collaborateurs qui ne respecteraient pas les règles ; plus le cadre aura de responsabilités et d'autonomie, plus les sanctions seront sévères.

Conscients de ces menaces, les syndicats et professionnels réclament, dès lors un véritable « droit d'opposition » pour les cadres, sans représailles, ni sanctions.⁸⁰⁸

Aussi, dans un manifeste rédigé en octobre 2003⁸⁰⁹, le Centre des jeunes dirigeants (CJD) et divers acteurs de l'économie sociale- l'Ecole de Paris du management, la Fondation pour le progrès de l'homme, Ingénieurs sans frontières, la CFDT cadres et l'Union générale des ingénieurs, cadres et techniciens CGT- s'interrogent avec raison sur les choix auxquels les cadres sont quotidiennement confrontés, « *entre la morale et le respect des ordres donnés, entre leur conscience citoyenne, la prospérité de leur entreprise et leur avenir professionnel* ». Ce texte a pour but de provoquer « une prise de conscience collective » sur l'exercice de la citoyenneté en entreprise. De même, l'Association nationale des Directeurs Financiers et de Contrôle de Gestion (DFCG) milite activement, auprès des pouvoirs publics, pour la création, dans la profession, d'une clause de conscience identique à celle des journalistes.⁸¹⁰ De même, il pourrait être envisagé qu'un collaborateur honnête puisse dénoncer les fautes d'un supérieur, à l'image des pratiques américaines⁸¹¹.

⁸⁰⁵ S. FRANCHET, « Chartes sociales, une réponse pas toujours efficace », Entreprise et carrières, avril 2003

⁸⁰⁶ En guise d'illustration, l'on peut citer que le comité d'éthique du groupe Total regroupant environ 120 000 salariés peut être saisi par tout collaborateur confronté à un problème éthique d'ordre professionnel. En 2002, 16 demandes de conseil et 20 demandes d'intervention lui ont été soumises en provenance du siège ou des filiales étrangères

⁸⁰⁷ Voir en ce sens, A. BOUILLIN, « Ethique, les cadres se rebiffent », L'express, mars 2004

⁸⁰⁸ Selon le mot de Jean-Louis DEROUSSEN, secrétaire général adjoint de la CFTC, « Un joker moral »

⁸⁰⁹ Manifeste pour la responsabilité sociale des cadres, disponible sur le site de la CFDT cadres : [www. Cadres-plus.net](http://www.Cadres-plus.net)

⁸¹⁰ « Contrairement au commissaire aux comptes, qui peut émettre des réserves publiques sur la sincérité d'une présentation comptable, le directeur financier ne dispose d'aucune arme statutaire pour résister aux pressions de la hiérarchie » justifie J.F. BOSQUET, président de la DFCG

⁸¹¹ Précisons, qu'aux Etats-Unis, cet usage a un nom : le *whistleblowing* (coup de sifflet).

Dans les textes votés en 2002, la loi Sarbanes-Oxley impose aux sociétés cotées en Bourse d'instaurer des procédures internes permettant aux salariés de dénoncer les fraudes dont ils sont témoins ou complices. Dans les antennes françaises de ces firmes, ce texte commence discrètement à entrer en vigueur.

Ainsi, depuis le 1^{er} janvier 2004, les 4 000 salariés peuvent adresser leurs récriminations par E-mail, téléphone ou courrier à un comité ad hoc, composé de cinq représentants syndicaux, de cinq managers et d'un universitaire, explique Christian BALMES, président de Shell France. Pour limiter les risques de délation, la filiale tricolore du groupe pétrolier refuse l'anonymat mais elle garantit aux auteurs la confidentialité de leurs témoignages

394. Du reste, la dénonciation n'est pas totalement inconnue de notre droit ; depuis 1996, la Commission européenne offre son absolution aux entreprises qui avouent, d'elles-mêmes, leurs ententes illicites, et une clémence identique figure, depuis trois ans, dans le Code de commerce français. Dans le cadre de la lutte contre l'argent sale, les établissements financiers, les casinos ou les notaires sont tenus de faire part de leurs doutes sur l'origine des fonds de leurs clients. Plus récemment encore, le volet de la loi PERBEN⁸¹² sur les « repentis » accorde à l'auteur d'un crime ou d'un délit une réduction de peine s'il « balance » ses complices.

Cette reconnaissance officielle des mérites de la dénonciation n'inspire guère les employeurs français qui préféreront recourir aux médiateurs ou aux déontologues, avec une mission qui consiste davantage à codifier les relations avec la clientèle qu'à surveiller les pratiques internes⁸¹³.

Il faut, néanmoins, s'interroger sur la portée des chartes « sociales » ou « éthiques »⁸¹⁴ qui correspondent à trois cas de figure.

a-La charte de valeurs, édictée unilatéralement par l'entreprise

395. Elle s'apparente, en principe, à une simple déclaration d'intention. Pourtant, un arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 11 juin 1999⁸¹⁵, à l'occasion d'un litige concernant la légalité d'une autorisation administrative de licenciement pour un membre du comité d'entreprise, reconnaît le pouvoir normatif de l'employeur en dehors du domaine du règlement intérieur. Une règle à caractère déontologique contenue dans une note de service, non incorporée au règlement intérieur doit s'imposer au salarié. Cet arrêt, première décision de la juridiction⁸¹⁶

⁸¹² Loi n° 2003-495 du 12 juin 2003

⁸¹³ Voir en ce sens, l'exemple de la SNCF en 2002 : à la suite de la condamnation pour corruption de plusieurs de ses cadres par le tribunal de Créteil, la compagnie s'est empressée de mettre en place un déontologue, il n'est jamais trop tard ...

⁸¹⁴ M. VERICEL, « L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ? », Dr. Soc. Décembre 2000

⁸¹⁵ CE, 11 juin 1999, publié au D. 2000, som. Com., 88, obs. C. GIRODET et RJS 9/99, n° 1093

Une dame Chicard fait l'objet d'une procédure de licenciement pour faute pour avoir transgressé une règle posée par une note de service, portant interdiction pour les salariés du service vacances de solliciter ou d'accepter un cadeau de fournisseurs sans l'accord préalable et explicite de la direction.

Le moyen invoquait alors l'illégalité de la note de service non respecté par Mme Chicard. Selon la salariée, l'adoption de cette note aurait dû se faire conformément à la procédure d'élaboration du règlement intérieur et donner lieu à une consultation du comité d'entreprise. Le Conseil d'Etat rejette le recours, jugeant que la règle à caractère déontologique contenue dans la note de service s'imposait à Mme Chicard, alors même qu'elle n'avait pas été incorporée aux dispositions du règlement intérieur.

⁸¹⁶ Voir toutefois, CE 12 novembre 1990, RJS 2/91, n° 178 : une note de service selon laquelle le standard de l'entreprise ne passerait plus aux salariés les communications téléphoniques personnelles, ne relevait pas des matières objet du règlement intérieur et l'inspecteur du travail ne pouvait donc pas en demander la modification. Or, la décision semblait fondée sur le fait que la note contenait seulement des informations sur le fonctionnement d'un service et non pas une véritable règle générale et permanente.

Egal. Soc. 7 oct. 1992 JCP 1993 II 22148, note D. CORRIGNAN-CARSIN : une note de service se bornant à préciser le costume à porter selon les saisons n'a pas à être soumise au comité d'établissement car elle n'est, sur

reconnaissant l'existence d'un pouvoir normatif de l'employeur, en dehors du pouvoir réglementaire prévu et régi par les articles L. 122-33 du Code du travail soulève donc le problème de l'absence d'encadrement dans l'exercice de ce pouvoir. De telles chartes unilatérales, se déployant hors du règlement intérieur peuvent ainsi s'analyser en normes d'entreprises atypiques, dont le régime serait celui des usages.

b- La charte soumise à l'avis des représentants du personnel, déposée au greffe du conseil des prud'hommes et affichée dans l'entreprise

396. Elle sera traitée comme un acte réglementaire de droit privé, ayant force obligatoire, sous réserve que soient respectées les conditions tenant à son contenu et à son élaboration. En effet, certaines clauses se rattachent parfois directement aux règles générales et permanentes relatives à la discipline⁸¹⁷. En outre, le défaut de consultation du comité d'entreprise fait nécessairement courir le risque de condamnation au titre du délit d'entrave, exposant le chef d'entreprise aux sanctions prévues par l'article L. 483-1 du Code du travail⁸¹⁸.

c- La charte proposée à la signature des salariés

397. Cette charte d'entreprise revêt une portée contractuelle, si ses dispositions sont intégrées au contrat de travail, soit lors de la conclusion, soit par le biais d'un avenant ultérieur.

Parallèlement aux chartes, ainsi définies, depuis une dizaine d'années, se développent dans les entreprises européennes, notamment celles organisées en réseaux de sociétés, des codes de conduite⁸¹⁹ destinés à régir les relations de travail.

2) L'apparition des codes de conduite

398. Ces codes concernent non seulement les salariés de la société pivot du réseau, mais aussi les salariés de leurs fournisseurs et sous-traitants, voire l'ensemble des travailleurs des membres du réseau. Ils peuvent se définir comme des documents écrits, qui contiennent un

ce point de détail, qu'une modalité d'application du règlement intérieur imposant le port d'une tenue au personnel.

⁸¹⁷ Voir en ce sens, la charte de déontologie d'entreprise de Kohler Co des établissements de Kolher France intitulé « Corporate Ethics & Business Conduct », signée par chaque salarié, 2003.

Les clauses se rattachent à la discipline : les conflits d'intérêts, la confidentialité, l'usage de l'outil informatique, les relations avec les fournisseurs

De nombreuses dispositions de la politique de déontologie Kolher se contentent d'inciter les salariés au respect des dispositions légales et réglementaires : respect de la législation sur la corruption, sur la protection de la vie privée, sur l'environnement, la discrimination...

⁸¹⁸ L'article L. 483-1 du Code du travail prévoit un emprisonnement d'un an et une amende de 3750 €

⁸¹⁹ Voir en ce sens, A. SOBCZAK « Réseaux de sociétés et codes de conduite », thèse, LGDJ, 2003

engagement de l'entreprise à respecter certains droits fondamentaux au travail : interdiction du travail des enfants, principe de la non discrimination, liberté syndicale.

Ils traduisent, en outre, la reconnaissance, par les entreprises européennes, de leur responsabilité sociale, dont l'importance a été soulignée par le livre vert, publié par la Commission européenne en juillet 2001⁸²⁰.

En adoptant un code de conduite qui régit les relations de travail, au sein de l'ensemble des sociétés du réseau, l'entreprise entend s'émanciper du droit d'origine étatique et édicter ses propres normes sociales. Ce faisant, l'entreprise redéfinit le rôle qu'elle souhaite jouer dans la société, pour passer d'une simple fonction économique à une fonction sociale, et même normative.

399. En France, cette transformation du rôle de l'entreprise s'inscrit dans le mouvement, apparu au cours des années quatre-vingt, en faveur de « l'entreprise citoyenne »⁸²¹. Bien que cette notion puisse être contestée, la qualité de citoyen étant réservée aux personnes physiques, l'on remarque, dans tous les Etats, une implication accrue de l'entreprise dans la vie de la Cité, que ce soit en exerçant une influence sur la prise de décision par les pouvoirs publics, par le lobbying, ou en soutenant des activités sociales, culturelles ou sportives par le sponsoring⁸²². L'implication de l'entreprise dans la société correspond à son intérêt, surtout à long terme. Il s'agit pour elle de promouvoir une bonne image aux yeux de ses clients potentiels, mais également d'attirer, de fidéliser et de motiver ses salariés.

400. Dans la mesure où il ne remplace pas, mais complète, le droit étatique et conventionnel du travail, le code de conduite, qui régit les relations de travail au sein du réseau traduit, une amélioration de la situation des travailleurs, selon le principe de faveur, qui ne permet à l'employeur de déroger aux normes de travail, que dans un sens plus favorable aux salariés⁸²³. Cette amélioration ne correspond pas toujours à un renforcement des droits, la valeur juridique des codes de conduite demeurant incertaine, mais elle se traduit, généralement, par des avantages concrets, octroyés aux travailleurs par l'entreprise et s'imposant, à elle, d'un point de vue éthique.

⁸²⁰ Commission Européenne, livre vert, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale », Com 2001, 366 final, Bruxelles, 18 juillet 2001

⁸²¹ N. D'ALMEIDA, « L'entreprise à responsabilité illimitée. La citoyenneté d'entreprise en questions » Editions Liaisons, 1996

⁸²² Voir notamment les nombreuses fondations créées par les entreprises à cet effet : Fondation Rhône-Poulenc (partenariats scientifiques, sauvegarde du patrimoine culturel, éducation, solidarité) ; Fondation Vivendi (aide à la création d'emplois de services et de proximité).

⁸²³ Sur l'ordre public social, voir A. SUPIOT, « Critique du droit du travail », PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 1994

C. RADE, « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », Dr. Soc. 2000, p. 381

401. Parallèlement, le code de conduite, qui peut, aussi, régir les relations avec les partenaires économiques de l'entreprise ou avec son environnement, peut imposer de nouvelles obligations aux salariés. Il est ainsi fréquent que le code leur interdise, à la fois, d'accepter des cadeaux ou d'autres avantages de la part des fournisseurs, et d'en offrir aux clients ou aux pouvoirs publics et politiques⁸²⁴. En imposant ces obligations, l'entreprise ne fait que défendre son intérêt légitime, et même l'intérêt général, dans la mesure où elle n'entend pas léser les salariés, mais simplement se conformer aux réglementations étatiques et aux bonnes mœurs en matière commerciale. De même, les codes qui imposent aux salariés de traiter leurs collègues et leurs subordonnés dans le respect des droits de la personne, sont non seulement légitimes, mais fortement souhaitables, dans leur finalité de défendre les droits sociaux fondamentaux.

Par conséquent, les codes de conduite s'inscrivent dans la logique du droit du travail, lequel, s'il dispose de moyens différents, est aussi « *fondé sur une vision éthique de la société, ce qui le différencie largement d'autres branches du droit de l'entreprise, soucieuses avant tout d'efficacité économique car plus éloignées de la personne humaine.* »⁸²⁵

Par la diversité du contenu des codes et chartes de conduite, ainsi que par l'hétérogénéité de leur champ d'application, ces normes s'apparentent à un « mode de production privé du droit⁸²⁶ » qui s'adresse, en priorité aux cadres de l'entreprise.

B- Le poids du pouvoir normatif sur le cadre

Les restrictions imposées au cadre par l'entreprise seront plus facilement justifiables que pour un salarié du fait de son statut (1) ; ces restrictions empiéteront, donc, plus facilement sur sa vie privée (2).

1) Des restrictions aisément justifiables

402. Tout salarié est tenu, même en l'absence de clause dans son contrat de travail, à une obligation de discrétion, concernant les secrets professionnels dont il peut avoir connaissance dans le cadre de l'exécution de ses activités. Il existe très peu de jurisprudence relative à ce

⁸²⁴ Voir les codes de conduite des entreprises ACCOR, MOTOROLA, NESTLE, SHELL, SIEMENS...

⁸²⁵ J. E. RAY, « Droit du travail et règles morales », « Éthique, déontologie et gestion de l'entreprise », Economica, Paris, 1992

⁸²⁶ D. BERRA, « Les chartes d'entreprises et le droit du travail », Mélanges dédiés au Président M. Despax, 2002, p. 125

type de clause, dans la mesure où elle se contente de formaliser une obligation générale : celle de l'obligation de discrétion inhérente à tout contrat de travail. S'agissant des cadres, qui en raison de leurs attributions, peuvent détenir des informations confidentielles, l'entreprise peut souhaiter rappeler cette obligation de discrétion professionnelle en insérant une telle clause dans le contrat⁸²⁷.

403. Par ailleurs, le non respect, par le salarié, de cette obligation de discrétion est passible de sanction, pouvant, le cas échéant, aller jusqu'au licenciement. Le contenu de cette obligation est apprécié en fonction, tant des responsabilités du salarié, que des informations qu'il détient. Ainsi constituent une faute grave, même en l'absence de toute clause contractuelle :

- la divulgation, par un cadre supérieur chargé de la direction des services comptables, de données sur les difficultés financières de l'entreprise dont il avait connaissance en raison de ses fonctions⁸²⁸ ;
- les indiscretions commises par un salarié convoqué à une réunion de cadres dont les informations devaient demeurer confidentielles à une époque où la société éprouvait de sérieuses difficultés⁸²⁹.

404. Par principe, le pouvoir normatif ne peut porter une quelconque atteinte aux libertés publiques ; plus généralement, le règlement intérieur ne peut imposer aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives, des restrictions non justifiées par la nature de la tâche à accomplir ou proportionnées au but recherché⁸³⁰.

Bien que le pouvoir patronal soit strictement encadré par le législateur, du fait de sa position charnière dans l'entreprise, le cadre quasi-indépendant, proche de la direction, se voit imposer des obligations plus strictes que ses subordonnés avec un risque évident d'empiétement sur sa vie personnelle⁸³¹.

2) Des restrictions empiétant sur la vie personnelle du cadre

405. Par principe, la jurisprudence retient qu'un fait, appartenant au domaine de la vie personnelle et a fortiori de la vie privée, ne peut donner lieu à une sanction disciplinaire, car,

⁸²⁷ Cass. Soc. 2 octobre 2001, n° 99-42. 942, Bull. civ. n° 291

⁸²⁸ Cass. Soc. 30 juin 1982, n° 80-41. 114, Bull. civ. V, n°425

⁸²⁹ Cass. Soc., 11 octobre 1978, n° 76-14. 440, Bull. civ. V, n° 655

⁸³⁰ D'après l'article L. 120-2 du Code du travail

⁸³¹ Voir en ce sens, J.E. RAY, « Vies professionnelles et vies personnelles », Droit Social, janvier 2004

Du fait de l'insuffisance de la notion de vie privée, est alors apparu la notion de vie personnelle bâtie par la chambre sociale

agissant dans la sphère de sa vie personnelle, le salarié n'est soumis à aucune autorité patronale, ni à quelque obligation résultant de la relation de travail. Ainsi, un cadre ne doit pas pouvoir être sanctionné en raison de relations sentimentales avec d'autres salariés de l'entreprise⁸³².

406. Ce principe trouve cependant ses limites, car un salarié, et a fortiori un cadre, peut être licencié pour une cause tirée de sa vie privée « *si son comportement, compte tenu de la nature de ses fonctions et de la finalité propre de l'entreprise, a créé un trouble caractérisé au sein de cette dernière* »^{833 834 835}. De manière constante, la notion de vie personnelle⁸³⁶ revient dans la jurisprudence, avec l'affirmation que le comportement, hors du temps de travail d'un salarié, ne peut justifier une faute contractuelle. Ainsi, afin de rééquilibrer la relation de travail, le juge et le législateur tendent, en permanence, à assurer une protection minimale de la liberté du salarié tant dans sa vie personnelle, que professionnelle.⁸³⁷

407. La liberté du salarié, envisagée en dehors du temps de travail, peut cependant entraîner des abus pendant le temps de travail et des infléchissements sont tolérés au nom de l'intérêt de l'entreprise. Or, la particularité du cadre quasi-indépendant tient à son autonomie qui rend problématique le respect de la vie extra professionnelle⁸³⁸, faute d'une frontière nette entre vie professionnelle et vie privée. Ainsi, la notion de vie personnelle permet-elle de défendre plus efficacement l'autonomie du cadre, puisqu'elle englobe « *les relations du salarié avec l'entreprise pendant le temps de travail et dans les locaux professionnels, et les périodes où le salarié se trouve chez lui ou plus largement en dehors de l'exécution de son*

⁸³² Les clauses de célibat des hôtesses d'Air France ou des GO du Club Méditerranée ont été déclarées illégales.

⁸³³ Cass. Soc. 22 janvier 1992, Dr. Soc. 1992, p. 329, note J. SAVATIER

⁸³⁴ Cass. Soc. 16 juin 1998, B, n° 113 : Un salarié en congé maladie, au cours d'un voyage en Yougoslavie, envoie une carte postale à ses collègues de bureau, la chambre sociale répond que cela ne concerne pas l'entreprise puisque le salarié est sous le régime de la suspension de son contrat et donc le pouvoir de direction ne s'exerce pas.

⁸³⁵ Cass. Soc., 21 octobre 2003, Dr. Soc. janvier 2004, p. 30, observations C. PUIGELIER, JCP, E, 6 mai 2004

Cet arrêt réaffirme la position de la chambre sociale de la Cour de cassation sur la vie personnelle. En l'espèce, une salariée, secrétaire médicale d'une association interentreprises de médecine du travail avait été licenciée pour faute grave pour avoir exercé, en dehors de l'entreprise et pendant ses loisirs, une activité de « voyante tarologue ». La Cour d'appel avait considéré que le licenciement était justifié, au prétexte que cette activité était incompatible avec les fonctions de secrétaire médicale ayant accès à des dossiers confidentiels. La Cour de cassation a censuré cette solution au visa des articles L. 122-14-3 et L. 122-40 du Code du travail, en déclarant : « *qu'en statuant ainsi, sans constater un manquement de la salariée à son obligation contractuelle de confidentialité, alors que le comportement incriminé ne pouvait, en lui-même, constituer une faute, la Cour d'appel a violé les textes susvisés.* »

⁸³⁶ Voir en ce sens, P. WAQUET, « Vie personnelle du salarié », Droit Social, janvier 2004

⁸³⁷ Cf A. CHEVILLARD, « Prise en compte des libertés individuelles et droit du travail », L'année de droit social 1998, Ed. Juris-Classeur, Hors-Série, p. 115

⁸³⁸ Cf M. DESPAX, « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », JCP 1963, I, 1776

travail » ; c'est la raison pour laquelle est apparue cette terminologie dès 1997 avec l'arrêt Auroux⁸³⁹ et d'autres arrêts plus récents⁸⁴⁰.

408. Le législateur est venu confirmer cette évolution de la Cour de cassation, avec l'article L. 120-2 du Code du travail, qui transcrit une jurisprudence importante dégagée par le Conseil d'Etat, interdisant la suppression d'une liberté ou d'un droit fondamental, sauf circonstances exceptionnelles. Toute atteinte à une liberté ou à un droit, suppose, pour être validée, en dehors de l'exécution du contrat de travail, que soit justifiée la restriction à l'autonomie du salarié et que la mesure soit adaptée au but recherché.

409. A titre d'illustration, le passé pénal d'un cadre peut ainsi être examiné lors de l'embauche. La liste des critères discriminatoires étant limitative, une discrimination en fonction du passé pénal n'est pas sanctionnée, le critère des mœurs ne correspondant pas à cette hypothèse⁸⁴¹. Lors des entretiens d'embauche, le Code du travail⁸⁴² limite les informations susceptibles d'être demandées par l'employeur à celles présentant un lien nécessaire avec les fonctions et ayant pour finalité unique d'apprécier la capacité du candidat à un emploi ; elles ne peuvent, en outre, être collectées par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié. S'agissant du passé pénal, l'information demandée⁸⁴³ doit donc présenter un lien avec les fonctions : si le candidat à l'emploi fournit une information erronée, alors qu'elle n'a pas de lien avec les fonctions, il ne commet pas de faute. Le principe étant que la délinquance extra-professionnelle du salarié ne produit en principe aucune conséquence⁸⁴⁴ sur le contrat de travail lui-même⁸⁴⁵, cela revient à affirmer que la délinquance, en dehors du lieu et du temps de travail, n'a aucune incidence sur le contrat de travail. Ainsi, la chambre Sociale a statué sur l'absence de sanction disciplinaire pour un cadre travaillant dans la banque, qui émettait des chèques sans provision en tant que président d'une association⁸⁴⁶. De même, la cause réelle et sérieuse de licenciement n'a pas été retenue pour fonder le licenciement d'un salarié du Commissariat à l'énergie atomique, surpris en flagrant délit d'extorsion de fonds avec armes⁸⁴⁷.

⁸³⁹ Cass. Soc., 14 mai 1997, B. N°175 ; Cass. Soc., 16 décembre 1997, B, n° 441

⁸⁴⁰ Cass. Soc., 26 mars 2001, RJS 2001, n° 1413

⁸⁴¹ Voir en ce sens, M. SEGONDS, « La délinquance du salarié et ses incidences sur la relation de travail », thèse Toulouse I, 1998

⁸⁴² Article L. 121-6 et suivants du Code du travail

⁸⁴³ Précisons que l'employeur n'a pas d'accès au casier judiciaire, il doit demander au salarié de se le procurer.

⁸⁴⁴ L'on peut citer un attendu récurrent de la chambre Sociale de la Cour de cassation : « Le fait imputé au salarié (en l'occurrence une infraction pénale) relevant de sa vie personnelle ne pouvait constituer une faute », Cass. Soc., 26 septembre 2001, RJS 12/01, n° 1413

⁸⁴⁵ Certes, les relations de travail s'en trouvent altérées

⁸⁴⁶ Cass. Soc. ; 16 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 441

⁸⁴⁷ Cass. Soc., 26 février 2003, Dr. Soc. 2003, 630, note J. SAVATIER

410. Toutefois, il existe des exceptions à ce principe⁸⁴⁸, lorsque l'infraction a été commise dans l'entreprise, il y a peu de chances pour qu'elle soit rattachée à la vie personnelle⁸⁴⁹. Par ailleurs, la notion de perte de confiance peut être mise en avant en présence de poursuites pénales contre le salarié, que ces poursuites soient liées, ou non à une infraction commise dans le cadre des fonctions. Enfin, lorsque l'infraction pénale a eu lieu dans l'exercice des fonctions, la chambre Sociale de la Cour de cassation établit un lien entre l'infraction pénale, poursuivie ou non, et la faute, cause de licenciement.

411. Ces solutions paraissent cohérentes, du fait que le cloisonnement entre la vie personnelle et la vie professionnelle ne peut être total, que les relations sociales sont des relations humaines et qu'une infraction pénale aura inmanquablement des incidences sur les relations de travail. De fait, la question essentielle portera sur l'ampleur du trouble, caractérisé objectivement, causé à l'entreprise par le comportement du salarié, compte tenu de la nature des fonctions et de la finalité de l'entreprise. Le statut de cadre engendrant des obligations morales fortes de représentation de l'entreprise, il est certain que le trouble causé, par un cadre sanctionné pénalement, aura davantage d'impact dans l'entreprise, en raison de sa position stratégique dans le milieu de travail^{850 851}.

Dans certaines hypothèses, cette obligation de se couler dans le moule de l'entreprise, peut être porteuse, pour le cadre, de tensions psychologiques, d'autant plus qu'il n'échappera pas à cette pression, tout au contraire, lorsqu'il se trouvera à l'extérieur de l'entreprise.

⁸⁴⁸ Cass. Soc., 31 mars 1993, n° 89-43. 367

L'illustration peut être trouvée dans une espèce où un directeur financier avait été condamné pour escroquerie et banqueroute ; dans ce cas de figure, le lien avec l'entreprise était caractérisé par le fait que l'intéressé avait dissimulé les raisons de son incarcération à la direction de la société.

⁸⁴⁹ Cass. Soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 127

N'ont pas été considérées comme des faits de vie personnelle des violences commises en état d'ébriété hors du temps de travail mais dans l'entreprise, la présence dans l'entreprise étant en violation du règlement intérieur ou une escroquerie commise avec les moyens de la société.

⁸⁵⁰ Voir, déjà en ce sens, Cass. Soc, 12 mars 1991, Bull. civ. V, n° 120 qui justifie le licenciement d'un salarié occupant des fonctions de représentation condamné en première instance mais relaxé en appel, par la campagne médiatique dont il avait fait l'objet qui était de nature à entraver la bonne marche de l'entreprise

⁸⁵¹ Notons que cette qualification pénale d'attentat à la pudeur n'existe plus en tant que telle depuis le Code pénal de 1992 et a été remplacée par celle d'agression sexuelle.

Les faits d'attentat à la pudeur commis en dehors de l'activité professionnelle et à l'origine de la mise en examen du directeur d'un établissement d'accueil de personnes protégées pouvaient avoir, à eux seuls, jeté le discrédit sur l'établissement que le salarié dirigeait et pouvaient constituer la cause réelle et sérieuse de licenciement. Il aurait été logique de justifier la solution par l'incompatibilité entre les fonctions de direction d'un tel établissement et la nature de l'infraction ; en effet, une procédure pénale dirigée contre un dirigeant, indépendamment de son issue, peut perturber le fonctionnement de l'entreprise.

II- L'implication souhaitée dans la stratégie externe de l'entreprise

Cette implication souhaitée s'analyse souvent comme une manifestation, vis-à-vis de l'extérieur, des pouvoirs dont dispose le cadre en interne, que ce soit dans un rôle de représentation (A), ou dans une stratégie d'influence (B).

A- Le cadre dans la stratégie de représentation

412. A l'intérieur de l'entreprise, le cadre tient souvent le rôle de représentant du dirigeant ; c'est ainsi par exemple, que le directeur, ou le DRH, s'il existe, préside, la plupart du temps le comité d'entreprise. Cette présence des cadres va se retrouver au sein de certains organes juridictionnels, spécifiques au monde de l'entreprise, qui fonctionnent avec une participation active des chefs d'entreprise ou de leurs représentants. En effet, l'implication dans ces divers organes, nécessite une disponibilité et une présence que les dirigeants peuvent rarement assurer seuls, d'où la demande faite à leurs lieutenants de les représenter. Cette représentation est susceptible de s'effectuer à deux niveaux, le cadre représentant l'entreprise (1) ou le seul employeur (2).

1) Le cadre, représentant l'entreprise

413. Dans cette fonction, le cadre doit gommer sa personnalité, voire ses opinions, pour promouvoir vers le monde extérieur, l'image que son entreprise souhaite présenter à l'égard de l'environnement économique : celle d'une entité respectée et reconnue, qui bénéficie d'un capital de confiance. A titre d'illustration, nous examinerons, rapidement, deux structures juridictionnelles où les cadres vont siéger : les tribunaux de commerce et la commission départementale des impôts.

a- Les tribunaux de commerce⁸⁵²

414. Les tribunaux de commerce ont un rôle primordial puisqu'ils connaissent des litiges intéressant les commerçants ou les opérations commerciales. Les tribunaux de commerce sont

⁸⁵² Précisons qu'une réforme des juridictions consulaires est proposée par le Gouvernement. Elle repose sur un principe essentiel : l'entrée de magistrats professionnels dans les tribunaux de commerce. S'appuyant sur les travaux conduits par la commission sur la mixité dans les juridictions commerciales, le gouvernement a choisi de retenir un système auquel il a attribué le nom de mixité, mais qui s'apparente davantage à un échevinage partiel. Ce système prévoit en effet l'attribution à des magistrats professionnels de la présidence de certaines chambres des tribunaux de commerce. La chambre mixte serait alors composée d'un magistrat du corps judiciaire,

composés uniquement de juges élus, pour lesquels aucune connaissance juridique n'est exigée.

Néanmoins, une coutume généralement suivie devant les grands tribunaux veut que, les juges consulaires aient, en principe, une formation juridique minimale et un bagage intellectuel avéré, quant au fonctionnement de la vie des affaires ; de plus, les fonctions de juge au tribunal de commerce sont gratuites et absorbantes, mais sont relativement recherchées, compte tenu du prestige qui s'y attache. Il n'est donc pas surprenant de trouver au sein de ces tribunaux, des cadres de sociétés influentes, qui marquent, par leur présence, le poids de leurs entreprises et qui recueillent, dans un poste d'observation privilégié, des informations précieuses sur leur environnement.

b- La Commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires

415. Cette commission peut intervenir dans la procédure de redressement contradictoire en matière d'impôt sur le revenu, impôt sur les sociétés et taxes sur le chiffre d'affaires. Elle joue un rôle consultatif, dans les litiges, portant sur des questions de pur fait, entre l'Administration fiscale et les entreprises. Dans son fonctionnement, elle est présidée par un magistrat du tribunal administratif ou de la Cour administrative d'appel et comprend, outre le président, des représentants de l'administration et des représentants des contribuables ; leur nombre et leur qualité diffèrent selon la nature du litige soumis à l'appréciation de la commission⁸⁵³.

En raison du caractère technique des questions soulevées, il est très fréquent que ce soient des cadres quasi-indépendants, ayant des compétences comptables, fiscales ou juridiques, qui siègent dans cette commission comme représentants des contribuables, ce qui leur permet de côtoyer des représentants de l'Administration fiscale et des magistrats, enrichissant à la fois leur relationnel et leur compétence technique. Dans cette configuration, certains cadres vont se trouver dans une position de dominance psychologique face à des dirigeants d'entreprise, en situation de difficulté, et constituer, pour ces derniers, le recours et l'allié contre les représentants de l'administration. Le cadre bénéficie ainsi de l'image de l'entreprise, dont il est le représentant, mais, en contrepartie, il doit se calquer sur la stratégie de communication définie par la direction.

président et de deux juges élus, assesseurs. Le président du tribunal de commerce demeurerait un juge élu choisi parmi les juges élus qui ont exercé des fonctions dans un tribunal de commerce pendant six ans au moins.

⁸⁵³ Par exemple, deux représentants de l'administration ayant au moins le grade d'inspecteur divisionnaire et trois représentants des contribuables, dont, en principe, un expert comptable, composent la commission lorsqu'elle intervient en matière de bénéfices professionnels et de chiffre d'affaires.

Cette contrainte de comportement, par référence à son entreprise, s'alourdit encore lorsqu'il s'agit de représenter, non plus l'entreprise toute entière, mais uniquement ses dirigeants.

2) Le cadre représentant l'employeur

Dans le domaine social, le paritarisme, employeurs/salariés est de mise dans différentes instances, appelées à connaître des litiges nés de la relation de travail. C'est le cas du Tribunal des Affaires de Sécurité Sociale (TASS), qui connaît des litiges se rapportant à l'application des textes relatifs à la Sécurité Sociale.

a- Le tribunal des affaires de Sécurité Sociale

416. Ce tribunal règle bien évidemment les litiges se rapportant à l'application des textes relatifs à la Sécurité Sociale. Il est présidé par le Président du Tribunal de Grande Instance dans le ressort duquel il a son siège, ou par un juge délégué désigné pour trois ans par ordonnance du premier président de la Cour d'appel. Ce magistrat est entouré de deux assesseurs représentant l'un les salariés, l'autre les employeurs ou les travailleurs indépendants.

Il n'est pas rare, en raison du caractère technique des litiges à traiter, que les organisations patronales y délèguent des cadres de direction. Il s'agit cependant, d'une instance peu connue, dont l'importance est loin d'égaler celle du Conseil de prud'hommes.

b- Le Conseil de prud'hommes

417. Pour être du ressort d'un Conseil de prud'hommes⁸⁵⁴, un conflit doit avoir sa source dans le contrat de travail entre le salarié et l'employeur et il doit s'agir d'un litige individuel. Institution paritaire⁸⁵⁵ et élective comprenant un nombre égal de salariés et d'employeurs, le Conseil de prud'hommes, inclut sous la direction d'un Président, désigné par arrêté conjoint des ministres de la Justice et du Travail, cinq représentants de l'Etat, neuf représentants des salariés et neufs représentants des employeurs. Il est divisé en cinq sections autonomes : encadrement, industrie, services commerciaux, agriculture, activités diverses. La représentation est paritaire : le Conseil de prud'hommes est composé de représentants élus des

⁸⁵⁴ Voir B. BOUBLI, « Conseils de prud'hommes. Institution et fonctionnement », Jurisclasseur, Travail, 1997, fasc. 81-10

⁸⁵⁵ La formule paritaire n'est qu'une variété de l'échevinage qu'on ne doit pas limiter aux seules « formules mixtes » associant juges professionnels et juges non professionnels.

Cf M. DAVID, « Evolution historique du conseil de prud'hommes en France : Dr. Soc., n° Spécial 1974
Les organisations syndicales sont attachées à la « structure paritaire » et à la formule « bipartite » associant représentants des employeurs et des salariés.

employeurs et des salariés. Les conditions d'électorat sont souples, mais les électeurs sont répartis en différents collèges en fonction, soit de la branche d'activité dont ils relèvent, soit de leur qualité de cadres. Sont ainsi électeurs salariés, dans la section de l'encadrement⁸⁵⁶ :

- les ingénieurs et les salariés qui, même s'ils n'exercent pas de commandement, ont une formation équivalente constatée ou non par un diplôme ;
- les salariés qui, ayant acquis une formation technique, administrative, juridique, commerciale ou financière, exercent un commandement par délégation de l'employeur ;
- les agents de maîtrise qui ont une délégation écrite de commandement^{857 858}
- les voyageurs, représentants et placiers, sous la condition qu'ils bénéficient du statut des VRP.

Quant aux électeurs employeurs, outre les dirigeants d'entreprises individuelles ou les mandataires légaux des sociétés commerciales, sont également classés, dans cette catégorie, « les cadres détenant sur un service, un département ou un établissement de l'entreprise, une délégation particulière, établie par écrit, permettant de les assimiler à un employeur ». Cette délégation⁸⁵⁹ d'autorité doit être personnelle, durable et effective. Elle peut concerner une division de l'entreprise (directeur commercial, directeur du personnel...). Le cadre doit disposer d'une partie des pouvoirs juridiques, économiques ou techniques de l'employeur et la délégation peut prendre la forme d'un document spécifique ou d'une clause du contrat.

Dotés de pouvoirs particulièrement importants, dérogatoires à ceux dévolus aux cadres ordinaires, les cadres quasi-indépendants, se trouvent, dès lors, quasiment assimilés à leurs employeurs dans la logique du fonctionnement des Conseils de prud'hommes, et il est évident qu'investis d'un rôle de représentant de l'employeur, face au salarié, qui se trouve dans une situation conflictuelle, le cadre subit une pression psychologique forte.

*

* *

418. Au travers de ces juridictions, qui tiennent une place significative dans le monde des entreprises, les cadres quasi-indépendants partagent ainsi les pouvoirs du monde patronal, auquel ils sont souvent assimilés. Loin de se trouver dans un état de subordination, ils sont

⁸⁵⁶ La section de l'encadrement est une création de la loi du 18 janvier 1979. La CGC en avait réclamé l'institution avec insistance car le personnel d'encadrement, qui ne représentaient qu'environ 7 % de l'ensemble des salariés, ne pouvait obtenir une représentation effective dans les conseils si ses voix se confondaient avec celles des autres catégories professionnelles.

⁸⁵⁷ C'est l'innovation importante de la loi du 6 mai 1982 qui a élargi la section de l'encadrement des salariés

⁸⁵⁸ Cass. Soc., 30 nov 1982 : Bull. civ. V, n° 683., Cass. Soc., 7 déc. 1982 : Bull. Civ. V, n° 690

Cass. 2^e civ., 26 nov. 1987 : Dr. Ouvrier, 1988, p. 284 ; Cass. 2^e civ., 16 mars 1988 : Dr. Ouvrier 1988, p. 360

⁸⁵⁹ La jurisprudence décide que les cadres qui exercent par délégation les prérogatives du chef d'entreprise à l'égard des autres salariés ne participent pas, dans l'entreprise, à l'élection du personnel.

alors perçus comme « des pairs », voire comme des leaders, par des dirigeants d'entreprise en position de demandeurs. A l'opposé, l'ensemble des autres salariés de l'entreprise deviennent méfiants envers ces cadres qui n'ont, à leurs yeux, que la seule appellation juridique de salarié

Cette assimilation du cadre quasi-indépendant au chef d'entreprise se trouve encore renforcée, lorsque celui-ci s'implique dans des mandats politiques ou des actions de lobbying.

B- Le cadre dans la stratégie d'influence

Le cadre quasi-indépendant peut influencer par le biais des mandats politiques (1) ou par la pratique du lobbying (2).

1) Les mandats politiques

419. Le terme politique est ici employé dans son sens étymologique originel pour qualifier tout mandat ayant un lien avec la vie de la Cité : il pourra s'agir de mandats au sein d'associations⁸⁶⁰, de Conseils d'Administrations du secteur privé ou public⁸⁶¹ et de mandats locaux⁸⁶², patronaux⁸⁶³, voire internationaux⁸⁶⁴. A titre d'illustration de l'omniprésence des cadres dans ces structures, deux d'entre elles, les chambres de commerce et d'industrie (a) et les organisations patronales (b) feront l'objet de précisions, dès lors qu'elles ont un objet essentiellement axé sur le développement des entreprises.

a- Les chambres de commerce et d'industrie : CCI

420. Etablissements publics économiques, les Chambres de commerce et d'industrie ont pour attributions de donner au Gouvernement les avis et les renseignements qui leur sont demandés sur les questions industrielles et commerciales, de présenter leurs vues sur les moyens d'accroître la prospérité de l'industrie et du commerce, et d'assurer, sous réserve des autorisations prévues aux articles L. 711-6 et L. 711-8 du Code de commerce, l'exécution des travaux et l'administration des services nécessaires aux intérêts dont elles ont la garde⁸⁶⁵. En application de ces dispositions, les CCI émettent des avis dans de nombreux domaines, tels que les « *changements projetés dans la législation commerciale, douanière et économique* »

⁸⁶⁰ Associations de Médecine du Travail, Centres d'Aides par le Travail, clubs d'entrepreneurs, associations sportives, culturelles ou à vocation économique, ...

⁸⁶¹ Conseils d'administrations d'établissements bancaires, sociétés d'économie mixte, plates-formes d'initiative locales, parcs régionaux...

⁸⁶² Conseils municipaux, communauté de communes, conseils généraux ou régionaux.

⁸⁶³ Assemblée Nationale, Sénat, Conseil Economique et Social...

⁸⁶⁴ Parlement Européen, Syndicats...

et gèrent de multiples services aux activités⁸⁶⁶. Il n'est donc pas surprenant qu'elles s'affirment auprès du pouvoir politique, comme un interlocuteur influant et organisé, représentatif des milieux économiques. Sont éligibles aux fonctions de membre d'une Chambre de commerce et d'industrie, les personnes faisant partie de l'un des deux groupes constituant le corps électoral, qui sont les chefs d'entreprises individuelles et les mandataires sociaux, dirigeants de sociétés.

A l'appui de notre propos, il est utile de remarquer que l'article L.713-3 du Code de commerce, qui détermine les personnes physiques habilitées à représenter les personnes morales électorales et éventuels futurs membres des CCI, fait référence aux mandataires sociaux qui constituent les dirigeants légaux de ces structures⁸⁶⁷, mais aussi à titre de mandataires des précédents, aux cadres exerçant « *des fonctions impliquant des responsabilités de direction commerciale, technique ou administrative de l'entreprise ou de l'établissement.* »

Une fois encore, vis-à-vis de l'environnement politique et socio-économique, les cadres de direction qui siègent, à ce titre, dans les organismes consulaires, se trouvent traités sur un pied d'égalité avec les chefs d'entreprise par le législateur, ce qui les éloigne, toujours plus, au plan sociologique, de leur statut de salarié.

b- Les organisations patronales

421. Les syndicats, au même titre que les associations, clubs ou structures, quelquefois informelles, voire occultes, qui représentent le monde patronal, n'échappent pas, au phénomène d'identification, déjà constaté, entre les dirigeants et les cadres quasi-indépendants, sensés appartenir, juridiquement, au monde du travail. En effet, les syndicats patronaux, soucieux d'asseoir leur légitimité et leur représentativité, se doivent d'être présents dans tous les lieux ou instances où se prennent des décisions susceptibles d'avoir des conséquences sur les entreprises (Plates-formes d'initiative locale par exemple), d'où leur intérêt à disposer de représentants dans les organes juridictionnels ou consulaires⁸⁶⁸, mais aussi dans des domaines aussi variés que la négociation collective, la formation, la gestion paritaire de certains organismes (Caisse Primaire de Sécurité Sociale, CAF, ASSEDIC...), l'aide à la création ou au développement des entreprises, ou encore les médias et les structures de lobbying.

⁸⁶⁵ Article L. 711-3 du Code de commerce

⁸⁶⁶ Parc immobilier, installations portuaires ou aéroportuaires, C.F.E., Ecoles de Commerces, musées commerciaux...

⁸⁶⁷ Président, Directeur général, administrateur, directeur général, président ou membre du directoire, gérant, président, administrateur, directeur pour les EPIC

Il en résulte une multiplication des contraintes et temps de présence ou de déplacement, qui conduit, inexorablement, les dirigeants à déléguer, à leurs cadres quasi-indépendants, des missions qui engagent, non seulement l'entreprise, mais quelquefois toute une branche d'activité ou une profession toute entière, y compris sur des enjeux éminemment stratégiques. Le choix du représentant se fera, le plus souvent, par référence à ses compétences techniques et à sa connaissance du dossier, plutôt qu'en fonction d'un statut juridique de dirigeant ou de cadre salarié, et l'on en arrive au paradoxe que certaines négociations, et non des moindres, s'effectuent entre des salariés, représentant le monde patronal, et des salariés représentant le monde du travail.

422. Cette mixité entre dirigeants et cadres quasi-indépendants, se rencontre, également, dans les structures ayant un caractère moins institutionnel, tels que les mouvements associatifs d'entrepreneurs^{869 870} ou les clubs-services⁸⁷¹, qui constituent, souvent, pour leurs membres, un tremplin professionnel, en facilitant des contacts et des rencontres susceptibles d'enrichir les carnets d'adresse. Pour le CJD, réservé aux moins de quarante ans, comme pour les DCF, qui ciblent en priorité les cadres de direction commerciale, l'objectif principal vise à préparer le cadre quasi-indépendant à devenir dirigeant, en élargissant ses compétences et son relationnel.

D'une façon générale, l'ensemble de ces organisations recherchent, également, à faire avancer leurs idées et leurs conceptions, dans le monde socio-économique, leur action étant souvent reprise et prolongée, au sein des entreprises, sous forme de lobbying.

2) Le lobbying

En Europe, ce terme est encore souvent perçu comme une pratique honteuse ou secrète, alors que, pratiqué en toute transparence, le lobbying peut être l'expression démocratique d'intérêts contradictoires.

Dans un premier temps, il est utile de définir ce que l'on entend par lobbying d'entreprise, avant de voir le rôle des cadres quasi-indépendants dans cette pratique.

a) Les Fondements et la définition

423. Le lobbying des entreprises auprès des décideurs publics est une pratique de plus en plus courante aujourd'hui, mais peu étudiée en Europe, alors qu'il est important de savoir si

⁸⁶⁸ Ut Supra

⁸⁶⁹ Centre des Jeunes Dirigeants, CJD

⁸⁷⁰ Directeurs Commerciaux de France, DCF

les actions, destinées à influencer les décisions des pouvoirs publics permettent aux entreprises d'être plus performantes⁸⁷². Le terme de lobbying⁸⁷³ est utilisé depuis de nombreuses années en France et dans le reste du monde, sans pour autant présenter partout la même signification.⁸⁷⁴

Nous choisirons de définir le lobbying comme une activité destinée à influencer, directement ou indirectement, les processus d'élaboration, d'application ou d'interprétation de mesures législatives, normes, règlements, ou décision des pouvoirs publics. Le lobbying désigne alors le processus par lequel un groupe d'intérêts⁸⁷⁵ tente d'influencer une décision publique.

424. Plusieurs auteurs anglo-saxons⁸⁷⁶ ont ainsi démontré l'importance du lobbying, comme levier d'action dans le développement stratégique de l'entreprise ; l'actualité économique nous en fournit une multitude d'exemples. Cependant, malgré l'intérêt pratique du lobbying pour les entreprises, il n'existe aucun modèle conceptuel permettant la prise en compte de cette activité de nature politique dans les théories manageriales et les auteurs regrettent qu'« *en l'absence d'une théorie de l'influence politique, les chercheurs ne puissent faire autre chose qu'une accumulation d'études de cas.*⁸⁷⁷ »

Né Outre-Atlantique, le lobbying a tardé à entrer dans les mœurs françaises, mais d'après plusieurs spécialistes⁸⁷⁸ de la question, le lobbying serait désormais une activité reconnue, nécessitant des connaissances et des compétences⁸⁷⁹. Néanmoins, il faut raisonner par secteur et si l'on se place au niveau européen, c'est à Bruxelles que se perçoivent les différences entre la France et d'autres Etats. Dans les années 60, notre pays a développé un lobbying agricole et construit la PAC, conçue très largement par et pour les Français. Ensuite, les années 80 ont été celles de l'éveil de l'industrie et des entreprises du secteur de

⁸⁷¹ Tels que Lion's, Rotary, Kiwanis...

⁸⁷² Ut infra

⁸⁷³ Le premier usage de ce mot est attribué au général Grant qui, suite à l'incendie de la Maison Blanche, s'était installé dans un hôtel dont le rez-de-chaussée était envahi par des groupes de pressions.

⁸⁷⁴ Voir J. M. DECAUDIN, « Lobbying, Encyclopédie de gestion », Economica, Paris, qui l'assimile à des groupes de pression.

F. J. FARNEL, « Le lobbying : stratégies et techniques d'intervention », Editions de l'organisation, 1994

⁸⁷⁵ Par exemple une organisation professionnelle, une entreprise ou une association d'entreprises

⁸⁷⁶ D. P. BARON, « Business and Its Environment, Prentice Hall, 1995 ; R.A. BUCCHOLZ », « Public Policy issues for management, Prentice Hall »

⁸⁷⁷ Expression empruntée à L. E. PRESTON

⁸⁷⁸ Notamment M. CLAMEN, « Le lobbying et ses secrets », Dunod Editeur, juillet 2002, ouvrage recensant la panoplie d'outils à la disposition des lobbyistes.

⁸⁷⁹ M. CLAMEN montre que la France a finalement reconnu cette pratique, « *comme il y a 20 ou 30 ans où elle niait l'existence des phénomènes d'influence des carnets d'adresse ou des bons déjeuners avec des personnalités* ».

l'énergie⁸⁸⁰, puis de l'aéronautique et, vers 1990, de l'aérospatiale. D'une manière générale, le monde des entreprises a donc intégré les techniques du lobbying, même si les PME ont souvent du mal à choisir un objectif pertinent et à faire appel à des équipes.

425. Un expert français⁸⁸¹ a suivi de nombreux dossiers, impliquant des actions de lobbying de la part de groupements privés, professionnels ou associatifs⁸⁸² et au travers de cette expérience, il a pu constater que certains acteurs, mal préparés, négligent trop les approches stratégiques cohérentes⁸⁸³. Le lobbying n'est pas une pratique solitaire car il est difficile de faire valoir son point de vue sans réseau d'influence ; pour cela, la communication joue un rôle essentiel. En outre, il faut savoir choisir les interlocuteurs qui seront les plus influents, les canaux les plus efficaces, et très souvent ce sont les cadres quasi-indépendants qui se voient confier ces responsabilités.

b) Le rôle des cadres quasi-indépendants

426. Concrètement, la modification de l'environnement des entreprises donne aujourd'hui un regain d'intérêt à l'action auprès des politiques. D'une part, la mondialisation des activités économiques s'est accompagnée d'une intensification de la concurrence et d'une « judiciarisation » des rapports économiques et sociaux⁸⁸⁴ : pour surmonter ces nouvelles contraintes, les entreprises recherchent des avantages concurrentiels, par exemple par l'intermédiaire du lobbying. D'autre part, l'unification européenne entraîne un transfert des centres de décisions, créant de nouvelles opportunités pour les entreprises lobbyistes⁸⁸⁵.

⁸⁸⁰ Par exemple, EDF-GDF

⁸⁸¹ M. CLAMEN, d'abord ingénieur au ministère français de la Défense, puis de l'Industrie, puis expert à la Commission européenne

⁸⁸² Voir en ce sens, « Le lobbying du patronat », Liaisons sociales, avril 2002

Le patronat a son mot à dire à propos des évolutions de la législation sociale ; en effet, on peut s'appuyer sur l'exemple du lobbying fait sur la loi de modernisation sociale où les juristes du Medef cherchaient les failles du texte du point de vue de la liberté d'entreprendre. Au Medef, la notion de « lobbying » est tout à fait reconnue dans le panel de ses activités, notamment auprès de la Commission européenne, des cabinets ministériels, des grandes directions de l'administration et des parlementaires. La technique de travail consiste à : « essayer d'être le plus prospectif possible, même si le parlement légifère souvent dans l'urgence. En effet, dès qu'un projet de loi est en préparation, les acteurs du syndicat et de l'association ouvrent un dossier et se mettent à la recherche des diverses opinions sur la question juridique qu'ils peuvent recueillir. Ensuite intervient le lobbying : pour organiser des rencontres, les provoquer, inviter toute personne influente à des dîners qui pourrait faire bouger le texte.

⁸⁸³ Pour M. CLAMEN, le lobbying exige rigueur et méthode.

Dans son ouvrage « Pratique du lobbying : 17 dossiers analysés », Edition Dunod, 28 septembre 2000, sont commentés ces dossiers concrets à l'occasion desquels privé et public se sont renvoyé la balle. Au fil des dossiers, le lecteur découvre comment définir un objectif et comment identifier entre les acteurs, les alliés à mobiliser et les adversaires à contrecarrer.

⁸⁸⁴ A tel point que J. CARBONNIER parle en France « d'une passion du droit », J. CARBONNIER, « Droit et passion du droit sous la V^{ème} République, Flammarion, Paris, 1996

⁸⁸⁵ T. JEAN, « Lobbying communautaire : stratégies et modèles », Revue française de gestion, été 1992, p. 17-31

Toutefois, de nombreux dirigeants⁸⁸⁶ ont constaté que la légitimité du lobbying au sein de l'entreprise ne pouvait exister qu'en reliant, de manière plus explicite, l'activisme politique et la performance de l'organisation. Il existe, en fait, au sein de l'entreprise, une triple demande d'évaluation de l'efficacité du lobbying : en provenance des dirigeants, pour mesurer l'impact d'un investissement, en provenance des acteurs de l'entreprise, pour remettre en cause, à leur profit, les ressources attribuées à l'action publique, et en provenance des responsables du lobbying, pour renforcer leur légitimité.

Ainsi, est-il intéressant d'analyser les différentes pratiques de lobbying des entreprises françaises⁸⁸⁷ et la place des cadres quasi-indépendants.

427. Le lobbying consistant, pour une entreprise, à s'opposer à une décision menaçant ses intérêts ou, au contraire, à susciter une décision favorable, deux types d'actions peuvent être mises en œuvre pour parvenir au résultat, soit en direction des décideurs publics, c'est le lobbying au sens propre du terme⁸⁸⁸, soit vers les autres parties prenantes du processus de lobbying⁸⁸⁹. L'entreprise est, en effet, confrontée à diverses parties prenantes, que ce soient les pouvoirs publics, les entreprises faisant partie de son champ stratégique⁸⁹⁰ ou les autres acteurs à caractère socio-politique⁸⁹¹. Les pouvoirs publics, qui ont, par définition, le monopole de la décision publique et de la contrainte légitime, constituent la cible réelle de l'action politique de l'entreprise et du lobbying, mais ils ne représentent pas une entité homogène. En effet, en fonction de la décision publique visée, divers acteurs publics peuvent intervenir, à des degrés divers, dans le processus de décision : membres du gouvernement, conseillers et membres de cabinet, élus et fonctionnaires, etc. A l'inverse, les entreprises du champ stratégique ont, en commun, des enjeux économiques, sociaux, technologiques, industriels, et financiers. Pour elles, l'action politique ne constitue pas une fin en soi, mais un moyen d'agir avec plus d'efficacité au sein de leur champ technico-économique.

428. La conduite d'une action de lobbying, efficace, nécessite donc la mobilisation d'un ensemble de ressources financières, humaines, organisationnelles, en vue d'utiliser trois leviers principaux :

⁸⁸⁶ W. PEDERSEN, 1987 ; P. Webster, 1991

⁸⁸⁷ En France, l'action politique des entreprises, souvent assimilée à des pratiques occultes, ne dispose pas d'une légitimité forte, contrairement aux usages anglo-saxons.

⁸⁸⁸ Telles que rencontres formelles avec des responsables publics, participation à des auditions parlementaires, diffusion d'informations et d'expertises...

⁸⁸⁹ Telles que l'organisation de coalitions avec d'autres entreprises, organisations de pétitions, communication politique vis-à-vis de l'opinion publique...

⁸⁹⁰ Concurrents, entreprises appartenant à la même filière économique, voire d'autres entreprises dans des secteurs d'activités connexes

⁸⁹¹ Organisations professionnelles, syndicats de salariés, médias, groupes d'intérêts civils, opinion publique.

-l'expertise technico-économique : la persuasion des décideurs publics repose en grande partie sur l'utilisation d'une information technique et économique pertinente ; la détention d'une expertise particulière permet, en outre, à l'entreprise de développer les échanges d'informations avec les responsables publics : participation à des comités d'experts, participation à des auditions, etc. Dans ce domaine, l'action des principaux leaders, détenteurs du savoir de l'entreprise, s'avère donc primordiale.

-le réseau relationnel : il est constitué par l'ensemble des personnalités, privées ou publiques, qui entretiennent des relations privilégiées avec l'entreprise, en tant qu'institution, ou avec ses dirigeants et cadres quasi-indépendants à titre personnel.

Le réseau relationnel d'une entreprise est d'autant plus précieux que les membres de ce réseau détiennent un fort pouvoir de décision ou une forte capacité d'influence⁸⁹². Au plan des ressources humaines et organisationnelles, le plus souvent, les entreprises ne disposent pas d'une structure interne chargée du lobbying, ce domaine étant réservé aux cadres qui se trouvent, dès lors, en position de force vis-à-vis de leur hiérarchie.

-le pouvoir économique et symbolique : le pouvoir s'exprime en terme d'emplois, de chiffre d'affaires, ou de contribution à la balance commerciale nationale. Le pouvoir symbolique se manifeste lui, à travers la notoriété de l'entreprise, de ses dirigeants, ou de ses marques, ainsi qu'à travers l'image véhiculée par l'entreprise. Ce double pouvoir constitue, pour l'entreprise, une ressource politique qui peut être utilisée pour légitimer des intérêts et pour faire pression sur les responsables publics.

429. A l'occasion de cette approche de l'action de lobbying, il est aisé de comprendre qu'une stratégie, qui se veut efficace, doit mobiliser les compétences et les énergies de toutes les équipes dirigeantes, et plus particulièrement des cadres quasi-indépendants, touchant à diverses sphères d'activité. L'illustration de ce rôle fondamental des cadres, dans la réussite d'une action de lobbying, peut être trouvée dans la croisade du groupe Virgin Store contre la réglementation du travail dominical.

En 1989, sous l'impulsion de son PDG, la société Virgin Store⁸⁹³ ouvre un magasin, dénommé « Virgin Megastore », sur les Champs-Élysées à Paris. Directement en concurrence avec la Fnac, Virgin Store se différencie essentiellement par ses horaires d'ouverture qui s'étalent de 10 h à 24 h, 7 jours sur 7. Ce choix stratégique met, en partie, l'entreprise

⁸⁹² Telles que la communication politique, la mobilisation de l'opinion publique

⁸⁹³ Virgin Store est une filiale du groupe britannique Virgin, constitué de plus de 200 entreprises, avec près de 6000 collaborateurs.

dans l'illégalité puisque le travail dominical est, sauf cas dérogatoires, interdit en France⁸⁹⁴. Faisant suite à des plaintes déposées par deux syndicats, l'entreprise est condamnée, en 1990, à fermer son magasin le dimanche et à payer une astreinte de 20 KF par infraction constatée. L'ouverture dominicale étant un enjeu stratégique majeur, la direction de Virgin Store s'engage alors, à partir de 1990, dans un processus de lobbying, vis-à-vis des autorités publiques locales (Préfecture de Paris) et nationales (ministère du Travail, secrétariat d'Etat au Commerce et à l'Artisanat), pour aboutir en 1993. Une loi, adoptée par le Parlement introduit de nouvelles dispositions dérogatoires⁸⁹⁵ autorisant l'ouverture dominicale de commerces, telles que le Virgin Megastore des Champs-Élysées. L'opération de lobbying, qui a duré près de quatre années, s'est appuyée sur trois types d'actions :

-des actions de sensibilisation au problème : dès le début de l'affaire, la direction de Virgin a choisi d'alerter l'opinion publique sur la situation conflictuelle de l'entreprise. L'emplacement du magasin, la nature des produits distribués et la clientèle, essentiellement jeune, ont conféré au problème une forte dimension symbolique et le dossier de l'ouverture dominicale a ainsi fait l'objet d'une importante couverture médiatique.

-des actions d'exercice de pression : Virgin a volontairement créé des situations conflictuelles passant outre les décisions de justice lui ordonnant la fermeture dominicale et orchestrant plusieurs campagnes médiatiques pour faire pression sur les pouvoirs publics.

L'entreprise a pu développer cette technique grâce au soutien des salariés de l'entreprise, des sections syndicales internes (CFDT, CGT), de ses clients (auprès desquels elle a lancé plusieurs pétitions), ainsi que de nombreuses personnalités politiques⁸⁹⁶ ou artistiques.

-des actions de négociation : la direction a cherché à persuader les responsables publics du caractère spécifique de la situation économique de l'entreprise.⁸⁹⁷ Virgin souligne la spécificité des distributeurs de biens culturels et revendique l'ouverture de tous les lieux culturels le dimanche. Le président, invité à plusieurs séances de négociations organisées par le ministère du Travail, au ministère de la Culture et au secrétariat d'Etat au commerce va

⁸⁹⁴ Le principe du repos dominical pour les salariés a été posé dans la loi datant de 1906. Le jour de repos hebdomadaire est posé le dimanche (article L. 221-5 du Code du travail). Cependant, le Code du travail accorde par ailleurs des dérogations à l'obligation du repos dominical : des dérogations de plein droit (santé, transport, distribution de carburants, spectacles, loisirs, hôtels, cafés, restaurants, musées...) et des dérogations accordées par les maires concernant les salariés du commerce de détail, des dérogations accordées par les préfets à titre individuel et temporaire à une entreprise.

⁸⁹⁵ Article 44 de la loi quinquennale du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle

⁸⁹⁶ Tels que J. LANG, A. MADELIN, J. TOUBON

⁸⁹⁷ Dans un manifeste largement médiatisé

défendre le principe d'une exception au Code du travail⁸⁹⁸, pour les entreprises de distribution de biens culturels, au nom de la spécificité économique de cette activité. L'entreprise met également en avant ses initiatives en terme de création d'emplois, d'insertion des jeunes et de négociation avec les syndicats, en vue de proposer aux salariés des conditions matérielles intéressantes pour le travail dominical (volontariat, majoration du salaire le dimanche).

*

* *

430. La mise en œuvre d'une telle stratégie, génératrice de tensions sur une durée longue, nécessite à l'évidence une adhésion forte, et sans réserve, des structures d'encadrement, qui ont cautionné et mis en œuvre des agissements contraires à la législation du Travail. Le degré d'implication, dans la stratégie de l'entreprise, demandé au cadre, dépasse très largement l'obligation classique de loyauté⁸⁹⁹ inhérente à l'exécution du contrat de travail⁹⁰⁰, pour atteindre une certaine forme d'endoctrinement, qui pose inévitablement, le problème de la protection des droits fondamentaux de l'individu⁹⁰¹.

Section 2 : La nécessité d'une protection des droits fondamentaux

Le cadre quasi-indépendant « manager » de ses équipes et acteur de la politique de l'entreprise peut se trouver dans une position inconfortable, qui l'expose doublement au risque de harcèlement moral, soit en tant qu'harcelleur, soit en tant que victime (I). Les risques spécifiques qu'engendre sa fonction empiètent alors sur ces droits personnels (II).

I- Les risques de harcèlement moral

Le harcèlement moral touche directement le cadre, relais hiérarchique (A) et la mise en place d'une définition peut s'avérer utile pour se préserver de fausses qualifications par ses

⁸⁹⁸ La question de l'ouverture dominicale des commerces n'est pas propre à Virgin ; plusieurs entreprises militaient pour l'ouverture dominicale des commerces : Ikéa, Leroy-Merlin, André...

⁸⁹⁹ Voir en ce sens, O. RIVOAL, « Les cadres en entreprise. Dialectique de la diversité et de l'unité des cadres dans l'entreprise », Thèse, Rennes, 2004

La confiance dont témoigne l'employeur à l'égard des cadres exige en retour de ces derniers une certaine loyauté mais aussi des formes spécifiques d'implication dans le travail.

⁹⁰⁰ La loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 a introduit dans le Code du travail un nouvel article rappelant le principe selon lequel « le contrat de travail doit être exécuté de bonne foi »

⁹⁰¹ Voir F. GUIOMARD, « Droits fondamentaux et contrôle des pouvoirs de l'employeur », in « Droits fondamentaux et droit social », sous la direction de A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz, 2005

« subordonnés » de harcèlement moral, mais également pour poser d'éventuelles limites avec l'employeur (B).

A- Les causes de l'apparition du concept chez le cadre

« *Contrat intuitus personae par excellence, le contrat de travail exige de la part de chaque partenaire une loyauté quotidienne* »⁹⁰² mais reste à savoir ce que commande cette loyauté⁹⁰³. Cette dernière invite immanquablement à exiger des salariés qu'ils s'acquittent fidèlement des fonctions pour lesquelles ils ont été engagés : tenus de se conformer aux instructions reçues de l'employeur ou de leur supérieur hiérarchique, ils se doivent manifestement d'exécuter consciencieusement et diligemment le travail qui leur est confié. La position du cadre est donc délicate (1) ainsi que le contexte social (2).

1) La position du cadre : source de harcèlement moral

431. Les cadres, de par leur fonction d'encadrement et leur rôle de représentation du chef d'entreprise subissent directement l'autorité ; ces derniers, à leur tour, doivent eux-mêmes la répercuter sur leurs subordonnés. Aujourd'hui, cette autorité est parfois difficile à mettre en place pour différentes causes. Le monde du travail a changé et la politique des ressources humaines a évolué : le management, ainsi que le contexte économique sont des facteurs importants pour l'entreprise ; de ce fait le rôle du cadre s'est complexifié. En outre, exercer un pouvoir sur des individus trouve ses limites dans le respect des droits fondamentaux attachés à la personne.

432. Dès lors, le cadre se trouve souvent en position de victime, mais également d'auteur du harcèlement car le rapport de subordination favorise un tel dénouement. Parmi d'autres, Hubert Landier⁹⁰⁴ met en avant ce problème de harcèlement des cadres « *souvent au bord de la crise de nerfs, parce qu'écrasés par leur hiérarchie et incompris de leur base* ». Leur culture traditionnelle de management est bousculée par des modèles anglo-saxons et, parfois, cette pression quotidienne débouche sur la violence : pour ces cadres, la peur du harcèlement finit par hanter leur vie professionnelle. Depuis longtemps, le stress a été identifié comme le compagnon de travail du cadre, mais aujourd'hui, le niveau de la contrainte semble s'élever

⁹⁰² J. E. RAY, « Fidélité et exécution du contrat de travail », Dr. Soc. 1991, p. 376

⁹⁰³ Voir en ce sens, D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », Mél. H. BLAISE, Economica, éd. 1995

avec la « dictature des marchés financiers ». L'apparition de nouveaux phénomènes de violence psychologique dans le travail semble donc directement liée à la modification du contexte économique mondial.

433. Le management à l'anglo-saxonne, imposé par des partenaires, ou des patrons étrangers, n'a fait que renforcer la pression : les cadres confrontés à une organisation trop lourde, faite de gestion, de reporting, de réunions, ne peuvent plus être sur le terrain avec leurs collaborateurs, d'où le sacrifice de l'écoute, de l'équipe, et la fracture. De fait, le traumatisme est moins dans la charge de travail⁹⁰⁵ que dans le sentiment de n'être qu'une courroie de transmission sans impact sur les décisions de l'entreprise, de plus le phénomène est amplifié par les restructurations et les changements fréquents à la tête des entreprises qui conduisent à des stratégies souvent contradictoires.

C'est ainsi que le cadre est en première ligne pour, à la fois, subir le harcèlement moral⁹⁰⁶ et le reporter sur son équipe de travail. Prisonniers de la course aux dividendes engagés par les actionnaires, les dirigeants d'entreprise sont enclin à répercuter la pression sur leurs cadres jusqu'à les traiter, à leur tour, comme de simples variables d'ajustement⁹⁰⁷.

2) Le contexte social

434. Au début du XIX^{ème} siècle, deux tiers des actifs appartenaient au secteur agricole ; entre les deux guerres, les actifs se répartissaient par tiers entre l'agriculture, l'industrie et le secteur tertiaire ; aujourd'hui, le secteur agricole regroupe 5 % des actifs, l'industrie, 26 % et le secteur des services culmine aux environs de 70 % des actifs. Le rappel de cette évolution permet d'appréhender les profondes transformations qui ont marqué le monde du travail sous tous ses aspects : organisation du travail, conditions de travail... Une des principales mutations est intervenue dans les années quatre-vingt où l'accent est mis, dans les entreprises, sur

⁹⁰⁴ H. LANDIER, « Stress et violence au travail » Courrier cadres, numéro 1508

⁹⁰⁵ Voir en ce sens, « Le moral des cadres résiste », Le journal du management, avril 2004 : L'intérêt du travail reste la principale préoccupation des cadres, devant le salaire et la sécurité de l'emploi, telle est la tendance du dernier « Baromètre Cadres » de la CFE-CGC, réalisé en mars 2004 sur un échantillon représentatif de 1079 cadres. Cette population place en tête de ses préoccupations professionnelles l'attrait des missions et des tâches à accomplir, devant la rémunération et la pérennité de leur emploi.

⁹⁰⁶ Voir en ce sens, M. MULLER, « Le grand flip des cadres », Le Nouvel Observateur, 10 mai 2004
L'article évoque que la pression sur les cadres monte régulièrement depuis une dizaine d'années et une étude de la CFE-CGC d'avril 2004 conduit au constat inquiétant qu'un quart d'entre eux se disent harcelés moralement. 81 % des personnes interrogées se disent soumises à des charges de travail trop lourdes et que les objectifs fixés par la direction sont irréalistes ; ils se sentent tendus, crispés à cause de leur emploi du temps surchargé.

⁹⁰⁷ Notons aussi, que plus l'on monte dans la hiérarchie socioculturelle et plus les agressions sont sophistiquées et donc difficiles à identifier. De même, toutes les études faites dans les pays latins, montrent une nette différence en fonction du sexe : 70 % de femmes, pour 30 % d'hommes sont touchés par le harcèlement moral.

l'importance du facteur humain : le salarié constitue une ressource humaine essentielle, dont les compétences et les potentialités doivent être développées et utilisées. Cette nouvelle approche s'intéresse, non plus, à des individus réduits à une force de travail mais à des personnes parties prenantes de l'entreprise, de ses rapports sociaux et de leur organisation.

435. En même temps que ce changement de contexte, les entreprises se sont trouvées confrontées à une concurrence plus agressive et cette situation a conduit à la remise en cause du fonctionnement et de l'organisation des entreprises afin de lutter contre la bureaucratisation, le cloïsement et la rigidité des structures internes. La recherche d'une cohésion d'équipe, pour éliminer les stratégies personnelles, passe par la mobilisation des travailleurs, au travers de la direction participative par objectifs ou des cercles de qualité. Cette nouvelle stratégie managériale des ressources humaines, réhabilitant l'entreprise et valorisant les hommes et les femmes qui y travaillent, se veut en rupture totale avec le taylorisme. Les salariés se voient reconnaître une autonomie et une capacité d'initiative plus importantes, et les nouveaux moyens utilisés favorisent une interdépendance des rythmes de travail entre collègues, ce qui semble indiquer, selon les spécialistes, qu'un nouveau modèle d'organisation se met en place, favorisant les échanges, le partage de l'information dans une conception hiérarchique nouvelle. Ce changement s'accommode mal de la solidarité professionnelle entre les salariés et il déclenche l'apparition du harcèlement moral, avec le phénomène de stress, désormais connu et analysé, ainsi que les formes psychopathologiques de souffrance au travail^{908 909}. Le harcèlement moral au travail se trouve donc favorisé par le stress et la pression au travail, la mauvaise communication, l'isolement des personnes, les erreurs de management, le manque de reconnaissance, le cynisme de certains cadres...

En fait, le cadre joue un rôle primordial dans le harcèlement moral car il peut intervenir en amont, pour éviter des situations susceptibles de dégénérer en harcèlement ; l'intérêt d'une définition n'est alors pas superflu.

B- Les tentatives d'une définition

L'origine de la préoccupation du législateur pour le harcèlement moral n'est pas sans lien avec le succès médiatique d'ouvrages à caractère psychique ou psychanalytique⁹¹⁰ et c'est

⁹⁰⁸ N. MAGGI-GERMAIN, « Travail et santé : le point de vue d'une juriste », Dr. Soc. 2002, p. 321

⁹⁰⁹ J.C. VALETTE, « Le harcèlement moral au travail. L'action collective pour la santé mentale », Dr. Ouvrier 2000, p. 217

⁹¹⁰ C. DEJOURS, « Souffrance en France, la banalisation de l'injustice sociale », Seuil, 1998

à la suite de la publication du premier livre de Marie-France HIRIGOYEN⁹¹¹, qu'est apparu dans les médias et dans le monde du travail, le concept de harcèlement moral. Notre société a, soudain pris conscience de la réalité du problème, et grand nombre de lecteurs se sont reconnus dans la description des pratiques d'employeurs ou de cadres, abusant de leurs prérogatives.

Mais c'est surtout la jurisprudence, qui en appliquant le concept encore en gestation de « harcèlement moral », à des situations de licenciement sans cause réelle et sérieuse ou de résolution judiciaire du contrat de travail, a contribué à jeter les premières bases de cette nouvelle construction juridique⁹¹² et certains arrêts⁹¹³ peuvent apparaître comme des préfigurations du texte légal.

436. Ainsi, le harcèlement moral s'est trouvé codifié, avec la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002⁹¹⁴ sous les articles L. 122-49 à L. 122-50 du Code du travail. La notion a également fait son entrée dans le Code pénal⁹¹⁵ et est définie dans les mêmes termes que ceux du Code du travail : « *harcéler autrui par des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

A la lecture du texte, l'on peut être surpris par l'imprécision des termes utilisés,⁹¹⁶ tels que « agissements visés » et l'alternative proposée, entre ceux qui ont « pour effet » une dégradation des conditions de travail et ceux ayant simplement « pour objet » cette dégradation. Il faut ajouter à cela que ces termes ne sont pas juridiques mais relèvent davantage du vocabulaire médical ou psychologique, voire sociologique.

437. Dans la notion de harcèlement moral⁹¹⁷, le caractère de la dégradation objective des conditions de travail est mis en avant, même si le harcèlement n'a pas toujours été exercé volontairement : de fait, le salarié peut se sentir harcelé par un supérieur jugé trop autoritaire, qui ne fait que suivre les recommandations de la direction. Ainsi, la jurisprudence a qualifié certains comportements de cadres comme d'abus d'autorité, caractérisés par des expressions déplaisantes ou un ton systématiquement comminatoire, employé par le supérieur dans ses relations de travail avec son subordonné. Le harcèlement moral entraîne aussi, le plus

⁹¹¹ M. F. HIRIGOYEN, « Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien », Syros, 1998

« Malaise dans le travail, harcèlement moral : démêler le vrai du faux », Syros 2001

⁹¹² B. LAPEROU, « La notion de harcèlement moral dans les relations de travail », RJS 6/2000

⁹¹³ Conseil prud'hommes, Longjumeau, sect. Activités diverses, 21 mai 2001-158014

⁹¹⁴ Loi du 17 janvier 2002, JO 18 janvier 2002, p. 1008

⁹¹⁵ Article 222-33-2 du Code pénal

⁹¹⁶ B. PLATEL et T. VIALA, « Le fabuleux destin du concept de harcèlement moral », JCP E 2002, I, 762

souvent, une dégradation de la santé psychologique du salarié ; par ailleurs, pour caractériser le harcèlement moral, il faut une répétition ou une accumulation de faits, ou d'abstentions fautifs, pouvant être blessants et visant une même personne.

438. Partant de l'article L. 122-49 du Code du travail, il est cependant possible d'identifier les différentes composantes de la situation de harcèlement et de repérer, alors, les acteurs de l'entreprise susceptibles d'intervenir dans son traitement. Ainsi, le premier acteur de la lutte contre le harcèlement dans l'entreprise est sans aucun doute l'employeur ; il doit s'abstenir de tout comportement de harcèlement mais aussi il lui appartient de prendre « *les mesures nécessaires pour protéger la santé physique et mentale des travailleurs* »⁹¹⁸. C'est donc dans cette perspective qu'il lui faut utiliser les pouvoirs d'organisation, de direction et de discipline dont il dispose en repérant les pratiques de harcèlement, en les évaluant ou en les supprimant (1).

La jurisprudence a, bien évidemment, aidé à affiner cette notion (2).

1) Les éléments constitutifs, le profil du harceleur et des harcelés

439. Les éléments constitutifs de l'infraction supposent plusieurs étapes qui se développent dans le temps : utiliser des procédés de tromperie dans le but d'induire en erreur la victime et de la déterminer. La subtilité du texte réside dans le fait qu'il n'est pas nécessaire que « la dégradation des conditions de travail » ait effectivement porté préjudice à la victime mais seulement qu'elle soit susceptible de le faire. De même, le législateur n'exige même pas que la dégradation des conditions de travail soit effectivement constatée. En conséquence, deux interprétations paraissent possibles :

- la première restrictive, où l'élément matériel sera caractérisé par la réunion d'au moins deux composantes, qui sont les agissements répétés et une dégradation des conditions de travail susceptibles de porter préjudice à la victime.

- la deuxième interprétation, plus large, conduit seulement à caractériser des agissements répétés ayant pour objectif la dégradation des conditions de travail de la victime.

Ainsi, plusieurs signes de harcèlement moral au travail peuvent apparaître par une atteinte aux conditions humaines et relationnelles du travail, par la mise en cause du travail lui-même, ou par des conditions matérielles de travail dégradées.

⁹¹⁷ A. MAZEAUD, « Harcèlements entre salariés : apport de la loi de modernisation », Droit Social 2002, p. 321

⁹¹⁸ Article L. 230-2-1 du Code du travail, ainsi que les articles L. 122-48 et L. 122-51 du Code du travail étant des déclinaisons particulières du principe

440. Quoiqu'il en soit, même si le harcèlement moral est défini, il reste une notion subjective qui retient à la fois les agissements malveillants d'une personne ou d'un groupe de personnes, et les conséquences sur la santé et la dignité de la victime. La définition donnée par la loi restant donc imprécise, il n'est pas inutile de se pencher sur des situations voisines, qui ne constituent pas un état de harcèlement.

En effet, dès lors que le harcèlement moral se répand dans les médias et sur les lieux de travail, il tend à devenir une expression « fourre-tout », regroupant d'autres souffrances qui ne relèvent pas, au sens clinique du terme, du harcèlement moral, mais qui expriment un malaise plus général du monde du travail. Toutes les personnes qui se disent harcelées ne le sont pas forcément : certains font la confusion de bonne foi, parce qu'ils souffrent réellement sur leur lieu de travail et n'arrivent pas à se faire entendre, d'autres profitent de la médiatisation de ce concept, pour essayer d'obtenir un avantage matériel ou pour disqualifier quelqu'un.

441. Des limites à conférer à la notion de harcèlement doivent être posées avec la présence de stress⁹¹⁹. Certes, les conditions de travail deviennent de plus en plus dures, avec une intensification et une optimisation constante du travail, caractérisées par des urgences à répétition, ou des revirements de stratégie, tous facteurs d'anxiété. Cependant, le but conscient de ces stratégies n'est pas de détruire les salariés mais au contraire de les rendre plus performants : dans le stress, contrairement au harcèlement, l'intention malveillante ne se rencontre pas. Si la gestion par le stress entraîne parfois des conséquences désastreuses sur la santé du cadre, c'est que celui-ci ne le gère pas correctement⁹²⁰ ou qu'il n'a pas le profil pour assumer un poste de cadre. Comme l'on a pu le voir, le harcèlement vise spécifiquement une personne et il traduit une violence qui n'est utile, ni à l'organisation ni à la bonne marche de l'entreprise, aboutissant finalement à des résultats contraires.

442. De même, le harcèlement est un abus et ne doit pas être confondu avec les décisions légitimes concernant l'organisation du travail, telles que les mutations ou les changements de poste, lorsqu'ils découlent de la relation de travail. Aussi, les critiques constructives, les évaluations concernant le travail fourni, si elles sont explicitées et utilisées à bon escient ne constituent pas un harcèlement. En outre, il existe malheureusement, des personnes incompetentes ou de mauvaise volonté, pouvant très vite se sentir harcelées dès qu'on les reprend sur leur travail afin de les stimuler : les méthodes de management doivent alors veiller à « ménager les susceptibilités individuelles » et à respecter l'individu. Il faut alors

⁹¹⁹ Ut supra

⁹²⁰ Il existe aujourd'hui des séminaires de gestion du stress où l'on apprend aux cadres à mieux supporter la pression au travail

différencier le harcèlement moral de la « maltraitance managériale », laquelle est instaurée par les cadres.

Ainsi, des confusions peuvent s'opérer, entre des situations voisines, du fait que le texte n'indique pas quels agissements peuvent être constitutifs de harcèlement, la seule précision fournie par le législateur à cet égard étant que ces agissements doivent être répétés.⁹²¹ Il est donc éclairant d'approcher la notion à l'aide de décisions rendues par les tribunaux.

2) L'apport de la jurisprudence

443. Bien que les juges aient précédé le législateur dans l'appréciation de ce phénomène sociologique, il est intéressant d'examiner la jurisprudence postérieure à la loi.

Depuis la mise en place de la loi sur le harcèlement moral, la Cour de cassation a, une première fois⁹²², reconnu une salariée victime de harcèlement moral. « *La salariée avait fait l'objet d'un retrait sans motif de son téléphone portable à usage professionnel, de l'instauration d'une obligation nouvelle et sans justification, de se présenter tous les matins au bureau de sa supérieure hiérarchique, de l'attribution de tâches sans rapport avec ses fonctions, faits générateurs d'un état dépressif médicalement constaté nécessitant des arrêts de travail. Dès lors, la conjonction et la répétition de ces faits constituaient un harcèlement moral.* » Il est significatif de constater que la Cour Suprême s'est appuyée, dans ses attendus sur le caractère injustifié et donc abusif des mesures prises à l'encontre du salarié, qui ne pouvait trouver l'origine dans un exercice normal de pouvoir de direction. En effet, la plupart des décisions refusant d'admettre le harcèlement moral allégué s'appuient sur le pouvoir de direction et de contrôle dont dispose le chef d'entreprise.

444. Ainsi, le fait d'attirer l'attention d'une secrétaire sur ses défaillances professionnelles, de la mettre en garde et de surveiller son travail régulièrement ne peuvent être assimilés au harcèlement moral dont la salariée prétend avoir été victime, ce contrôle et cette vigilance découlant du pouvoir de direction et de discipline de l'employeur dont il n'est pas établi en l'espèce qu'il ait abusé⁹²³. De même, ne constituent pas le harcèlement allégué la diffusion par l'employeur d'une note rappelant l'existence d'un droit de regard de

⁹²¹ CA Paris, 5 décembre 2000, ch. 22, sect. B, Ber c/ SA Svac : Juris-Data n° 2000-135854 : situations prolongées s'étalant sur des durées qui vont de un an à trois ans : CA Reims, 22 nov. 2000, ch. Soc., Boulet. c/ Lanham : Juris-Data n° 2000-132024 : le texte exige donc que les agissements litigieux soient répétés.

⁹²² Cass. Soc., 27 octobre 2004, n° 04-41008

⁹²³ CA Rennes, 20 mars 2001, 166182

l'employeur sur l'utilisation strictement professionnelle de la messagerie électronique⁹²⁴, ni les divers messages sur courrier électronique demandant l'accomplissement de travaux, même exigés en urgence, dès lors qu'ils ne sont pas excessifs et que ces demandes entrent dans les attributions de la salariée, pas plus que les deux lettres adressées à l'intéressée, même envoyées à deux jours d'intervalle, qui constituent des mises en garde exigeant une amélioration de la qualité de travail et non des avertissements⁹²⁵.

Par conséquent, bien que la notion de harcèlement moral ait fait son entrée dans le Code du Travail en 2002^{926 927}, il apparaît toujours difficile de séparer nettement le harcèlement moral de techniques énergiques de motivation du personnel⁹²⁸.

445 En pratique, la simple évocation du harcèlement fait frémir les dirigeants et les cadres cherchent à se protéger, quitte à riposter sur le même terrain⁹²⁹. Quoi qu'il en soit, c'est bel et bien à l'employeur ou à ses cadres qui le représentent de veiller au phénomène de harcèlement, qu'il s'agisse d'un harcèlement vertical⁹³⁰ ou d'un harcèlement horizontal⁹³¹. L'enjeu n'est pas des moindres puisque le dirigeant peut voir sa responsabilité civile⁹³² engagée en vertu de l'article 1384 alinéa 5 du Code civil, sa responsabilité contractuelle

⁹²⁴ Cons. Prud'h. Montbéliard, 19 sept. 2000, Legalis. Net 2002, p. 165, note M. TINOT

⁹²⁵ CA Paris, 18 sept. 2001, ch. 21, sect. C, Ginisty c/ SA Bayer Pharma : Juris-Data n° 2001-156147

⁹²⁶ Précisons, que la loi de modernisation sociale avait renversé la charge de la preuve ; en effet, le salarié devait juste présenter au juge les éléments laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral mais il incombait ensuite au défendeur (harceleur) de prouver que ses actes n'étaient pas constitutifs d'un harcèlement moral et que son comportement était justifié par des éléments objectifs, étrangers à tout harcèlement.

La loi Fillon du 3 janvier 2003 est venue modifier cette disposition mais à défaveur du salarié victime de harcèlement. Dès lors, le renversement de la charge de la preuve est annulé. Désormais, la charge de la preuve dans le domaine du harcèlement est partagée : le salarié qui s'estime victime de harcèlement moral (comme le harcèlement sexuel d'ailleurs) doit établir les faits présumant l'existence d'un harcèlement... Il incombe ensuite au défendeur, au vu de ces éléments, de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Les organisations syndicales représentatives ont la possibilité d'agir en justice à la place du salarié victime. Toutefois, pour exercer ce droit, l'organisation syndicale doit avoir obtenu l'accord écrit de la victime ; les organisations syndicales bénéficient du renversement de la charge de la preuve applicable au harcèlement moral.

⁹²⁷ Voir également, C. MINET, « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », JCP, E, 22 mai 2003. L'auteur montre que la loi portant relance de la négociation collective en matière de licenciements économiques, Loi n° 2003-6 du 3 janv. 2003 prévoit aujourd'hui le retour aux formules adoptées dans les directives communautaires concernant le harcèlement. Le terme « établir » est en effet rétabli ainsi que les faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement.

⁹²⁸ « Harcèlement moral : la délicate frontière avec les impératifs de gestion », Semaine Sociale Lamy, n° 1106, p. 10

⁹²⁹ F. REY, « L'inquiétant bric-à-brac du harcèlement moral », Liaisons sociales magazine, octobre 2003

⁹³⁰ Harcèlement venant de la hiérarchie dirigé contre les salariés

⁹³¹ Harcèlement d'un salarié envers un autre salarié.

⁹³² C. BOUTY, « Harcèlement moral et droit commun de la responsabilité civile », Droit Social Juillet-Août 2002

découlant de l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat de travail ; il doit alors répondre des agissements de personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés.⁹³³

Parmi les cadres, les DRH sont les premiers acteurs pour lutter contre le harcèlement mais ils ont eux aussi, leur part de responsabilité, car les techniques actuelles de gestion du personnel peuvent très facilement déboucher sur une accusation de harcèlement. En effet, les outils de GRH conduisent de plus en plus à s'intéresser à l'individu, à la personne et non à un groupe⁹³⁴, les modules de management demandent plus de rigueur dans la fixation des objectifs et ils apportent des conseils comportementaux.

*

* *

Par conséquent, le cadre quasi-indépendant, relais hiérarchique est le salarié le plus exposé au harcèlement moral ; il n'est alors pas inutile de s'étendre sur les risques spécifiques qu'engendre sa fonction, quant à la préservation de ses droits personnels.

II -Les risques d'atteinte aux droits des personnes et les discriminations

La loi du 16 novembre 2001⁹³⁵ a entendu renforcer la lutte contre les discriminations⁹³⁶ ; suivant la voie tracée par le droit communautaire, elle consacre de nouveaux motifs discriminatoires comme l'âge et l'apparence physique, elle élargit l'étendue de la protection offerte par le Code du travail et aménage le système de la preuve, de façon à faciliter l'action de la victime. La notion de discrimination indirecte, chère au juge communautaire en matière d'égalité homme/femme, fait également son apparition en droit positif.

⁹³³ B. GAURIAU, « L'employeur doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés. Recherche d'un fondement juridique. Cass. Soc., 10 mai 2001, Sté Repass'Net c/ Mme Bouet », Droit Social, novembre 2001

⁹³⁴ A titre d'exemple, les augmentations, les méthodes d'évaluation et la formation sont individuelles et non générales : tous ces facteurs engendrent un climat de « compétition », de suspicion par un éclatement du collectif.

⁹³⁵ Loi n° 2001-1066 du 16 nov. 2001, JO 17/11/2001

⁹³⁶ Voir en ce sens, C. MINET, « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », JCP, E, 22 mai 2003

L'article 1349 du Code civil décrit le mécanisme du déplacement de l'objet de la preuve en définissant les présomptions qui doivent être distinguées de celles qui ont pour rôle d'attribuer la charge de la preuve à un plaideur. Les règles régissant la preuve de la discrimination en droit du travail offrent aujourd'hui une illustration de ces deux mécanismes distincts. La Cour de cassation donne ne effet l'impression d'avoir traduit le déplacement de l'objet de la preuve institué au niveau communautaire par un renversement de la charge de la preuve. La reprise de ce mécanisme par la loi semble en revanche avoir nécessité un retour à un déplacement de l'objet de la preuve, donc au retour à une présomption légale de discrimination.

De par leur position spécifique dans l'entreprise, les cadres quasi-indépendants sont plus particulièrement exposés à certaines discriminations(A) ; ils subiront également, en première ligne, des répercussions sur leurs libertés individuelles (B).

A- Les discriminations les plus courantes applicables aux cadres

Les cadres sont surtout concernés par les discriminations syndicales (1) et les discriminations en raison du sexe (2).

1) Les discriminations syndicales

446 L'employeur est tenu de respecter l'égalité de traitement, que ce soit en matière de salaire, de conditions de travail ou de formation professionnelle. Cette égalité est renforcée par plusieurs textes internationaux⁹³⁷ ou communautaires visant les discriminations syndicales. Ainsi la « Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs⁹³⁸ » évoque clairement les deux faces de la liberté syndicale : « *Tout employeur ou tout travailleur a la liberté d'adhérer ou de ne pas adhérer à ces organisations syndicales, sans qu'il puisse en résulter pour lui un dommage personnel ou professionnel.* » La charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne évoque « *le droit pour toute personne de fonder avec d'autres syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts*⁹³⁹ ».

La liberté syndicale positive est doublement protégée en droit français : au plan civil, l'article L. 122-45 du Code du travail, frappe d'une nullité de plein droit la sanction ou le licenciement prononcés en raison des activités syndicales du salarié : le militant est donc protégé. Le simple adhérent l'est également par l'article L. 412-2 du Code du travail qui crée un délit de « prise en considération » de l'appartenance à un syndicat en matière d'embauche, de conduite ou de répartition du travail, de formation professionnelle ou d'avancement, de mesures de discipline ou de congédiement. Ce même article entraîne l'application des sanctions pénales prévues à l'article L. 481-3 du Code du travail en cas de discrimination de la part de l'employeur.

⁹³⁷ Conventions n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, ratifiée le 24/05/1966 ; Convention n° 98 de l'OIT sur le droit d'organisation et de négociation collective, ratifiée le 29/05/1966

⁹³⁸ « Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs », Strasbourg, 9 décembre 1989 reprise par le Traité d'Amsterdam

⁹³⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, JO des Communautés Européennes du 18/12/2000, article 12 « Liberté de réunion et d'association »

447. Mais, bien souvent, le salarié a de grandes difficultés à démontrer que derrière une mesure disciplinaire trop lourde, se cache une volonté de répression syndicale. Dans un arrêt du 28 mars 2000⁹⁴⁰, la chambre Sociale s'est légitimement refusée à reporter la charge de la preuve sur l'employeur qui aurait alors été présumé coupable, mais a largement allégé le fardeau pour le syndicalisme demandeur : *« Il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement. Il incombe à l'employeur d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat »* ; la preuve de la discrimination n'incombant plus au salarié demandeur, au juge de former sa conviction⁹⁴¹.

448. Dès lors, l'appartenance pour un cadre quasi-indépendant à un syndicat s'avère délicate ; néanmoins, de manière affirmée, les cadres éprouvent un engouement pour le syndicalisme. En effet, lors des négociations des 35 heures, les cadres ont montré qu'ils ne souhaitaient pas abandonner leurs droits à la réduction du temps de travail. Ce comportement, parfois surprenant, est lié aux évolutions des entreprises qui, depuis quelques années, les éloignent des directions générales et réduisent leur rôle d'encadrement et de contrôle du travail des autres collaborateurs de l'entreprise. Ces évolutions ont conduit à une évolution sensible des missions confiées aux cadres. Si, il y a quelques années encore, la plupart occupaient des fonctions d'encadrement et d'autorité, la grande majorité occupe aujourd'hui des fonctions d'experts, de professionnels. Leur compétence et savoir-faire priment leur position dans la structure hiérarchique ; ce ne sont plus des chefs mais, comme l'on dit parfois, des « travailleurs du savoir »⁹⁴².

449. Plusieurs motifs pourraient donc inciter des cadres à s'adresser à une organisation syndicale, tels que le souci de préserver leurs avantages acquis, dans des environnements dans lesquels ils sont moins bien protégés, la recherche d'informations sur les choix stratégiques de l'entreprise, qu'on ne leur donne plus spontanément dans des organisations qui se méfient d'eux, ou même la défense de leurs droits. Mais, il ne suffit pas d'avoir de bons motifs de se

⁹⁴⁰ Cass. Soc., 28 mars 2000, Bull. civ. V, n° 216 ; RJS 2000. 350, n° 498 ; Dr. Soc. 2000. p. 589, obs. Lanquetin

⁹⁴¹ Cf Cass. Soc., 13 janvier 2004, Droit Social 2004, p. 307

Cass. Soc., 28 septembre 2004, Droit Social, décembre 2004, observations C. RADE

Dans une affaire de discrimination syndicale, le salarié doit, en premier lieu, établir une disparité de traitement. Cette différence suffit à imposer à l'employeur un devoir de justification. Ce dernier est alors suspect, et doit renverser la présomption de discrimination en fournissant au juge des éléments justifiant objectivement cette différence. Le juge vérifiera alors non pas la pertinence des critères visés par l'employeur, mais bien la nature des éléments justifiant la différence de traitement.

⁹⁴² En ce sens, J. BARTHELEMY, « Le professionnel parasubordonné » Semaine juridique 1996, E, I, n° 606

syndiquer pour s'engager effectivement. En effet, les cadres ont, jusqu'à présent, montré de fortes réticences à tout engagement de ce type⁹⁴³. Leur position hiérarchique, la nature des relations qu'ils entretenaient avec les directions générales, fondées sur la confiance s'y opposaient. La gestion de carrière jouait également contre l'action syndicale : celui qui souhaitait recevoir une promotion ne prenait pas le risque de compromettre ses chances, en allant rejoindre les rangs de ceux qui critiquent la direction⁹⁴⁴.

450. Aujourd'hui, un changement de comportement pourrait rendre les cadres plus sensibles à l'action des organisations syndicales, à condition que lesdites organisations⁹⁴⁵ soient capables d'offrir aux cadres des institutions qui leur conviennent, de porter leurs discours et de défendre leurs intérêts. Or, plusieurs facteurs remettent en cause l'efficacité du syndicalisme. Le premier est l'extrême faiblesse du syndicalisme⁹⁴⁶ dans tous les pays développés⁹⁴⁷ et, notamment en France, faiblesse encore plus marquée dans les populations de

⁹⁴³ Voir en ce sens, A. VIDALIE, « Cadres et syndicats, je t'aime, moi non plus », L'express 2/05/2002 : l'article montre que seulement 3 % des cadres sont syndiqués, pour à peine 9 % des salariés français. Parmi eux, rares sont les vrais militants, même si les cadres jugent aujourd'hui utile leur participation aux organisations syndicales de salariés. En effet, de plans sociaux en restructurations, de fusions élagage des hiérarchies d'externalisation en mondialisation, ils sont nombreux à avoir découvert les bancs de touche de l'emploi. Pour beaucoup, le fameux « statut cadre » s'est effiloché avec le temps, la remise à plat des conventions collectives et la démocratisation des pratiques managériales.

Cependant, il y a un pas pour prendre sa carte ; quelques-uns le franchissent, poussés par un sentiment d'injustice, une envie de solidarité ou un besoin d'action mais l'encadrement hésite à s'engager, surtout dans le privé et dans les PME.

⁹⁴⁴ Voir en ce sens, S. FRANCHET, « Discrimination syndicale : Renault rattrape la carrière de ses mandatés », Entreprise et carrières, 17 juin 2002. A la suite d'un accord qui organisait le suivi de carrière des salariés mandatés, Renault a signé un accord d'entreprise relatif au règlement des litiges du passé. La méthode retenue, directement inspirée par la CGT, prévoit de comparer la carrière des mandatés à celle d'un panel de référence. Si un écart, non expliqué par des raisons professionnelles, apparaît, une indemnité transactionnelle est proposée. Applicable à un nombre illimité de mandatés, cet accord a toutefois été rejeté par la CGC, qui juge la méthode inéquitable.

De même, de plus en plus d'entreprises, à l'image de Renault, prennent acte de l'évolution de la jurisprudence et cherchent à régler les litiges relatifs à la discrimination. Certaines entreprises choisissent de négocier des transactions individuelles : c'est le cas du groupe EADS, de Matra, Eurocopter, Airbus...

⁹⁴⁵ La CFDT- cadre rassemble environ 70 000 membres et développe un syndicalisme d'adhérents dont leur premier droit est de ne rien faire pour opérer une rupture avec la pratique française du syndicalisme de militants qui s'engagent pour revendiquer.

La CGC regroupe, elle, environ 130 000 adhérents et explore la piste d'un « syndicalisme de services ».

⁹⁴⁶ Voir en ce sens R. GUILLON, « Les syndicats dans les mutations et la crise de l'emploi », Ed. L'Harmattan, 1997, collection Logiques sociales

Dans cet ouvrage, l'auteur met l'accent sur l'affaiblissement et la crise des syndicats et sur plusieurs traits institutionnels et structurels des relations professionnelles. Il en teste la nature et l'évolution sur plusieurs aspects essentiels de la réglementation et de la régulation de l'emploi salarié : les qualifications et les classifications, l'organisation du travail, le licenciement et les contrats de travail, le chômage, la formation et l'éducation. Par ailleurs, ils montrent que les espaces de relations dans lesquels les syndicats s'impliquent s'élargissent, de l'échelle locale et régionale à l'échelle européenne.

⁹⁴⁷ En ce sens, D. LABBE, S. Courtois, « Regards sur la crise du syndicalisme », éd. L'Harmattan, 2001

Si la tendance générale, hormis quelques exceptions notables, est au recul de la syndicalisation, il reste que le taux français s'avère le plus faible de l'Union Européenne et son recul en dix ans le plus marqué. Par ailleurs, la participation aux élections professionnelles recule tout comme la représentativité des principales organisations syndicales.

cadres. Le second est certainement le périmètre d'intervention des organisations syndicales : telles qu'elles sont aujourd'hui organisées, elles sont peu armées pour intervenir dans des organisations internationales alors même que l'une des attentes majeures des cadres pourrait être de les soutenir dans le nouvel environnement que celles-ci construisent.

Enfin, le troisième est l'inadaptation des discours actuels du syndicalisme aux préoccupations des cadres car ceux-ci ne peuvent entrer massivement en syndicalisme, que s'il leur est proposé des stratégies qui préservent leur avenir et donc celui de l'entreprise qui les emploie.

451. Par conséquent, l'engagement des cadres, l'adhésion à un syndicat n'est pas « entrée » dans les mœurs, sans doute par un phénomène « d'autocensure » qui résulte, pour le cadre quasi-indépendant, d'une attirance plus forte pour les problèmes abordés par les syndicats patronaux que pour ceux développés des syndicats salariés.

2) Les discriminations en raison du sexe

452. Malgré les progrès réalisés en matière de parité, plus l'on monte dans la hiérarchie, moins l'on trouve de femmes⁹⁴⁸ ; ce qui signifie que le modèle dominant de management est encore largement teinté de valeurs « masculines ». Or, depuis quelques années, le management participatif prône le partage du pouvoir, l'incitation à l'initiative, l'écoute et l'importance du bien-être individuel comme facteur d'efficacité : selon de nombreux sociologues, les valeurs montantes dans le monde du travail sont féminines...

Cependant, c'est un privilège encore rare⁹⁴⁹, une situation réservée à peu d'élues, avec un petit quart de femmes parmi les cadres du secteur privé en 2001 : les salariés dont le supérieur hiérarchique est une femme sont très minoritaires. Néanmoins, la gente féminine représente aujourd'hui plus de 45 % de la population active, 80 % d'entre elles sont âgées de

Taux de syndicalisation en 2000 : France : 9, 1 % ; Espagne : 18,6 % ; Grèce : 24,3 % ; Portugal : 25, 6 % ; Pays-Bas : 25, 6 % ; Allemagne : 28, 9 % ; Royaume-Uni : 32, 9 % ; Autriche : 41, 6 % ; Italie : 44, 1 % ; Suède : 91, 1 %.

Ainsi, depuis des années, le syndicalisme traverse en effet une grave crise, conséquence de son histoire idéologique et de la déstabilisation du salariat liée aux mutations économiques de ces dernières décennies.

⁹⁴⁸ D'après des chiffres recensés par l'INSEE en 2001, sur 2000 entreprises de plus de 500 salariés, à peine une centaine compte une femme comme PDG ou directrice générale.

Dans les entreprises du secteur privé, les femmes représentent 24 % des cadres.

Sur les 10 % des plus hautes rémunérations, le salaire des femmes ne représente que 75 % de celui des hommes.

On ne recense aucune femme PDG dans les entreprises du CAC 40.

Au MEDEF, l'on compte 4 femmes sur les 45 membres du conseil exécutif.

⁹⁴⁹ P. Y. LAUTROU, « Mon chef est une femme... et alors », L'Express, 25 avril 2002

25 à 49 ans et gagnent environ 25 % de moins que les hommes. Elles sont nombreuses à la sortie des Grandes Ecoles, mais elles sont rares à occuper des postes de direction.⁹⁵⁰

453. Il s'agit ici de la discrimination la plus connue⁹⁵¹ et la plus condamnée, aussi bien en droit français qu'en droit communautaire, qui pose le principe qu'il doit exister une égalité de traitement entre les hommes et les femmes aussi bien en ce qui concerne la rémunération⁹⁵² que les conditions de travail⁹⁵³. De nombreux textes ont ainsi été mis en place ; l'on peut citer la loi du 13 juillet 1983⁹⁵⁴ qui permet aux entreprises de passer des « plans d'égalité professionnelle » bilatéraux avec l'Etat qui soutient financièrement les actions les plus exemplaires en la matière ; la loi du 9 mai 2001⁹⁵⁵ qui oblige les entreprises à publier des chiffres sur la situation des femmes : le type de poste occupé, les contrats, le nombre d'embauches, ce qui peut permettre par exemple de connaître le niveau d'emploi occupé par les femmes et les hommes et comment sont affectées les promotions ou les formations.

Ainsi, les entreprises cherchent à élargir leur recrutement vers les femmes ; certains patrons tentent de les attirer par un arsenal de mesures : temps de travail flexible, aménagements des postes, crèches internes, accords sur l'égalité professionnelle... Parmi les entreprises les plus exemplaires figurent Renault, Thalès, Crédit Lyonnais, PSA⁹⁵⁶, EADS⁹⁵⁷.

454. De même, une « charte de l'égalité entre hommes et femmes » a été signée le 8 mars 2004 par des ministères, des partenaires sociaux, des associations d'élus et des réseaux

⁹⁵⁰ Cf H. CONSTANTY, « Femmes et carrières : la course d'obstacles », L'Express 31/5/2004

⁹⁵¹ Voir en ce sens, « Des mesures pour favoriser la place des femmes sur le marché de l'emploi », Actualités Sociales Hebdomadaires, 4 juin 2004 : la ministre de la Parité et de l'Egalité professionnelle, Nicole Ameline, a présenté, lors du conseil des ministres du 2 juin, sa stratégie pour renforcer la mobilisation pour l'emploi des femmes. Elle propose alors aux partenaires sociaux que les frais supplémentaires de garde d'enfants liés à la réalisation d'une action de formation soient pris en compte dans les dépenses de formation. Elle songe également à étendre le bénéfice de l'aide financière ouverte aux entreprises de moins de 50 salariés pour remplacer les salariés partis en formation au remplacement de salariées absentes pour maternité.

⁹⁵² En ce qui concerne la rémunération, l'adage proclame « A travail égal salaire égal », consacré par l'arrêt Ponsolle, Cass. Soc. 29 octobre 1996, Sté Delzongle c. / Ponsolle, Dr. Soc. 1996, p. 1013.

Des applications plus récentes touchent différents domaines qui peuvent créer une discrimination indirecte sur le salaire ; par exemple, une femme qui connaît la privation d'une chance de promotion en raison de son absence pendant son congé de maternité subit une discrimination : Cass. Soc., 16 juillet 1998, CNAVTS c/ Thibault, LS, jurisprudence n° 601 du 29. 10. 98

⁹⁵³ Par exemple, une femme ne saurait être écartée d'un poste en raison de sa grossesse, même si les mesures spécifiques relatives à la protection de la femme enceinte peuvent s'y opposer

⁹⁵⁴ Loi n° 83-635 du 13 juillet 1983 sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes

⁹⁵⁵ Loi n° 2001-397 du 9 mai 2001 sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes

⁹⁵⁶ Le groupe PSA a signé un accord d'une durée de trois ans sur « l'égalité professionnelle hommes-femmes » prévoyant de « renforcer la politique de féminisation des recrutements, de garantir des niveaux de salaires équivalents et de favoriser des parcours professionnels identiques entre les hommes et les femmes. » Le groupe compte également mettre en place des « services de proximité » pour mieux concilier vies personnelles, familiale et professionnelle.

⁹⁵⁷ Le groupe aéronautique EADS a signé le 22 juin 2004 un accord sur « l'égalité et la mixité professionnelle ». Parmi les objectifs, le texte prévoit de recruter plus de femmes (au minimum 20 % de femmes embauchées), de féminiser davantage les métiers dans certaines filières, de corriger les disparités dans les évolutions professionnelles hommes-femmes. Le bilan de cet accord est prévu fin 2006.

associatifs dans le but de faire progresser l'égalité professionnelle, la parité politique, l'accès des femmes aux responsabilités, la lutte contre les violences dont les femmes font l'objet, l'égalité entre les hommes et les femmes (au total, les signataires s'engagent sur 300 mesures d'ici 2007). Un accord national interprofessionnel relatif à la mixité et à l'égalité professionnelle du 7 avril 2004 a été également conçu pour réduire les inégalités salariales entre les hommes et les femmes, permettre d'améliorer l'accès des femmes à la formation professionnelle, faire en sorte que la maternité ou la parentalité ne freine pas les évolutions de carrière.⁹⁵⁸

~~455~~ Néanmoins, malgré une multitude de textes en tout genre (traités, chartes, directives, lois, déclarations), issus d'instances internationales, européennes et nationales, proclamant l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, force est de constater des inégalités fortement ancrées dans le milieu social au détriment des femmes et a fortiori pour des postes de cadre quasi-indépendant. On peut alors être surpris par une telle ineffectivité des textes juridiques, dont l'inapplication est pourtant sanctionnée, du fait du principe de non-discrimination⁹⁵⁹. Il s'agit, à l'évidence d'une question où le droit du travail, protecteur affirmé du travailleur, révèle ses limites. Le législateur, ayant échoué à établir cette égalité qui paraît cependant si évidente, s'est alors dessaisi du problème et l'a renvoyé à la négociation professionnelle⁹⁶⁰.

*

* *

~~456~~ L'entreprise ne peut donc plus être l'espace clos de la subordination ; le devoir d'obéissance attaché au contrat de travail doit s'effacer derrière le principe de la liberté.⁹⁶¹

⁹⁵⁸ Cf B. DELAMOTTE, « Un déficit de femmes dans les MBA », La tribune, 3 sept. 2004

L'article déclare qu'une femme titulaire d'un poste d'encadrement (moins de 7 %) gagne un tiers de moins que son homologue masculin. Un « label égalité » sera décerné à l'automne 2004 aux entreprises œuvrant pour l'égalité professionnelle entre hommes et femmes. Cela suffira-t-il à convaincre les entreprises du bien-fondé de la valorisation des femmes dans le monde du travail ?

⁹⁵⁹ Voir P. LE COHU, « Egalité professionnelle : l'avenir négocié », La revue Barthélémy & Associés, avril 2004, n° 4 : L'auteur montre que les femmes sont encore victimes de leur image sociale « les femmes, c'est quand même pas fait pour commander », elles restent alors cantonnées à six secteurs d'activités : employées de la fonction publique, employées des entreprises, employées de commerces, personnel de services au particulier, institutrices, professions intermédiaires de la santé.

⁹⁶⁰ Voir en ce sens, C. GUELAUD, « Salaires : pourquoi M. Chirac s'engage sur l'égalité homme-femme », Le Monde, 7 janvier 2005. Un rapport d'information de la délégation sénatoriale aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, rendu public le 8 décembre 2004, établit « la persistance des inégalités professionnelles tant dans la hiérarchie des fonctions que celle des rémunérations ». Selon une enquête menée par l'IFOP auprès de 2005 responsables des ressources humaines d'entreprises de cinquante salariés, la loi qui oblige les entreprises à négocier sur l'égalité salariale est peu respectée.

Les lois existant déjà et J. Chirac veut parvenir à l'égalité salariale dans les entreprises dans un délai maximum de cinq ans, via des objectifs chiffrés.

⁹⁶¹ Voir en ce sens, P. MOUSSY, « Un pas en avant, deux pas en arrière », Dr. Ouvrier, janvier 1999

Avec l'allongement de la liste des critères discriminatoires prohibés, la reconnaissance des discriminations indirectes, le déplacement de la charge de la preuve, la multiplication des contentieux⁹⁶², les entreprises doivent anticiper en se plaçant sur le terrain de la négociation⁹⁶³. En effet, pour éviter les discriminations⁹⁶⁴, en particulier syndicales ou pour en réparer les méfaits, certains accords collectifs⁹⁶⁵ ont été signés entre les représentants des travailleurs et la direction⁹⁶⁶.

Outre ces discriminations relativement fréquentes pour un cadre quasi-indépendant, d'autres libertés peuvent être atteintes. Ainsi, la culture d'entreprise, matérialisée par diverses normes, se repère plus ou moins vite suivant les entreprises. L'on peut donc retrouver un code du langage, un code vestimentaire ou plus globalement une façon d'être⁹⁶⁷, ce qui engendre des répercussions sur les libertés individuelles du cadre.

⁹⁶² En novembre 2000, Coca-Cola a accepté de verser 192, 5 millions de dollars aux 2000 salariés noirs qui la menaçaient d'une action en justice pour discrimination raciale.

De même, le transporteur UPS (United Parcel Services) a versé 80,7 millions pour discriminations sexuelles.

⁹⁶³ P. LAGESSE, I. GOULET, « Discriminations, de la nécessaire vigilance des entreprises », Semaine sociale Lamy, 3 juin 2002, n° 1078

⁹⁶⁴ Voir, S. ZAPPI, « Un projet de loi dessine les contours de la Haute Autorité contre les discriminations », Le Monde 5 juin 2004. A plusieurs reprises, J. Chirac avait appelé le gouvernement à doter la France d'un outil réel de lutte contre les discriminations.

Le projet de loi crée une autorité administrative indépendante, compétente pour traiter de « toutes les discriminations » directes ou systémiques, c'est-à-dire engendrées par des pratiques des administrations ou des entreprises. Elle devra travailler sur tous les secteurs de la population qui subissent des pratiques discriminantes fondées sur le sexe, l'origine ethnique, l'orientation sexuelle, la religion, le handicap ou l'âge. Trois missions lui seront assignées : le traitement des réclamations individuelles, la promotion de l'égalité et la conduite de travaux de recherche. Dépourvue de pouvoir coercitif, la Haute Autorité doit tenter de résoudre les conflits par la médiation. Afin de « prévenir ou corriger par des voies non contentieuses les discriminations, la loi insiste sur la promotion de l'égalité dont est chargée l'instance. Chargée de reconnaître les « bonnes pratiques professionnelles », l'agence pourra élaborer des « codes de bonne conduite » et signer des accords avec les entreprises ou organismes publics qui s'engagent à promouvoir l'égalité en leur sein.

⁹⁶⁵ Chez Michelin, un travail en commun a été entrepris depuis l'année 2000 afin de faire évoluer les relations sociales de l'entreprise et des accords ont été signés avec les organisations syndicales et la direction portant notamment sur « la convention de cessation d'activité » ou sur « l'intéressement ».

Précisons que Michelin a été condamné en juin 2002 par la Cour d'Appel de Riom à verser quelque 374 334 euros de dommages et intérêts à sept militants syndicaux de la CFDT pour « discrimination syndicale ». Depuis la manufacture s'est pourvue en cassation

⁹⁶⁶ Bref social 18. 9. 1998 : A titre d'exemple, la direction de Peugeot-Sochaux a signé le 11 septembre 1998 avec la CGT un accord prévoyant le dédommagement de 169 militants dont la carrière avait été, selon la CGT, pénalisée par leur implication syndicale. La direction venait en effet d'être citée à comparaître devant le tribunal correctionnel faisant suite à une multiplication des actions en justice pour discrimination syndicale. La CGT de Sochaux avait, elle, saisi le conseil des prud'hommes.

Cet accord a mis fin à plus de 15 ans de conflit et la direction s'est engagée à verser de 20 000 à 100 000 francs aux salariés en fonction de leur ancienneté. La CGT a décidé que ces sommes devaient par la suite faire l'objet d'une répartition solidaire entre les militants.

⁹⁶⁷ Voir en ce sens, V. PETITET, « L'agent double », Le nouvel Observateur, 24 novembre 2004, qui a écrit une thèse de sociologie sur la domestication des esprits du cabinet Arthur Andersen. Chez Andersen, au travers des discours et des pratiques de management, une idéologie se met en place pour rendre « naturels » des comportements qui sont construits. La culture d'entreprise rend le consultant docile et obéissant : entretiens d'évaluation, gestion du temps, primes, séminaires de formation concourent à la discipline de l'individu. « *Au final, la domestication produit de l'incorporation : elle s'inscrit dans les corps. Elle se perçoit dans les façons*

B- Les restrictions sur les libertés individuelles

Ces restrictions sont diverses et variées : elles peuvent concerner la personnalité du cadre, en englobant son langage ou sa façon d'être (1), son comportement (2).

1) La liberté d'expression et le droit d'expression

Il convient de différencier la liberté d'expression⁹⁶⁸, reconnue à tous les sujets de droit et pouvant s'exprimer à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise, avec le droit d'expression dans l'entreprise mis en place et organisé par le Code du travail.

a- Le droit d'expression et le droit de grève

~~457.~~ Le droit d'expression a été créé par la loi du 4 août 1982⁹⁶⁹ relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise. Cette loi avait été adoptée, à titre expérimental, et opérait un renvoi à la négociation et à la concertation, pour que soient définies les modalités concrètes du droit d'expression. Sur la base du travail des partenaires sociaux, la loi du 3 janvier 1986⁹⁷⁰ est ainsi venue l'organiser, tout en laissant une place importante à la négociation.⁹⁷¹ Elle reconnaît au personnel d'encadrement un droit d'expression spécifique qui doit s'exercer concurremment avec sa participation au groupe, auquel il est rattaché en raison de sa responsabilité hiérarchique. Il est précisé qu'en vertu de l'article L. 461-1 du Code du travail, *« les opinions que les salariés, quelle que soit leur place dans la hiérarchie professionnelle, émettent dans l'exercice du droit d'expression ne peuvent motiver une sanction ou un licenciement. »*

~~458.~~ L'exercice du droit d'expression pouvant également englober le droit de grève, il faut se demander si un cadre peut participer à une grève et s'interroger sur les incidences d'une grève, chez un cadre quasi-indépendant.

Manifestement, le droit de grève s'applique à toutes les catégories professionnelles. Dès lors les salariés bénéficiant du statut de cadre ne sauraient être exclus de ce droit au motif que

de parler, de se déplacer, de s'habiller et de regarder. La force subtile du cabinet est d'amener les consultants à être à la fois leurs propres maîtres et esclaves. »

⁹⁶⁸ J. DUPLAT, « Droit d'expression et liberté d'expression des salariés dans l'entreprise », Droit Social, février 2000

⁹⁶⁹ Loi n°82-689 du 4 août 1982

⁹⁷⁰ Loi n° 86-1 du 3 janvier 1986

⁹⁷¹ Voir Art. L. 461-1 et suivants du Code du travail

du fait de leurs fonctions, il leur est interdit de donner l'exemple de la grève⁹⁷². Pourtant, dès lors que les cadres quasi-indépendants représentent l'employeur, il arrive souvent que ces cadres soient assimilés à l'employeur et même séquestrés, ce qui permet de retenir parfois la qualification de faute lourde pour les grévistes⁹⁷³. Ainsi, le fait de retenir un cadre de direction contre son gré dans les locaux de l'entreprise, afin de le contraindre à accorder les avantages que les grévistes réclament, constituent un délit de séquestration⁹⁷⁴. Le juge module, alors, les peines en fonction des circonstances de fait : des grévistes ayant séquestré quatre cadres de leur usine pendant 32 heures ont pu être condamnés à des peines de prison, de un à trois mois, avec sursis⁹⁷⁵.

Ainsi, le droit d'expression est prévu pour le cadre, mais sa position dans l'entreprise est toujours délicate et inmanquablement, le cadre quasi-indépendant est plus proche de la direction que de ses salariés, ce qui nous amène à nous interroger sur sa liberté d'expression.

b- La liberté d'expression

459. La liberté d'expression, comme le droit d'opinion⁹⁷⁶, est consacrée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 36 août 1789 : « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi. La libre communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.* » Par la suite, elle s'est vue reconnaître une valeur constitutionnelle et figure dans la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et du Citoyen, dans son article 10 : « *toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir des ingérences d'autorités publiques et sans considération de frontière.* »

⁹⁷² Ce propos peut s'illustrer dans la grève de Hewlett-Packard France contre les licenciements du 16 septembre 2005 où la manifestation a surtout rassemblé des cadres de l'entreprise, qui représentent 85 % des salariés du site grenoblois.

⁹⁷³ Cass. Soc., 1^{er} avril 1997, Bull. civ. V, n° 131 : le fait qu'un directeur commercial soit séquestré dans les locaux administratifs de la société de 10 heures à 20 heures et que plusieurs salariés se soient opposés à sa sortie constituent une entrave à la liberté du travail et une faute lourde.

⁹⁷⁴ Cass. Crim., 23 décembre 1986, Bull. crim. n° 384

⁹⁷⁵ TGI Caen, 24/ 11/ 1972, Droit Social 1973, p. 378, observations J. SAVATIER

⁹⁷⁶ Cf G. DOLE, « La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail », L.G.D.J., 1997

L'auteur montre que la liberté d'opinion et d'expression figure au rang des principes généraux et que l'ordre juridique communautaire emprunte aux traditions constitutionnelles communes aux Etats membres de l'Union Européenne ; seulement la liberté d'expression s'exerce selon les limites que lui assigne l'ordre public pour que chacun puisse exercer ses propres prérogatives.

Parallèlement à ces textes à vocation générale, le Code du travail condamne spécifiquement les pratiques discriminatoires engendrées en raison des opinions politiques.⁹⁷⁷

460. Cependant, malgré ces principes, la liberté d'expression est susceptible d'échapper à la protection offerte par le principe de non discrimination ; en pratique, l'on a pu voir des salariés licenciés pour avoir dénoncé ou critiqué les conditions de travail ou la gestion de l'entreprise. La chambre Sociale de la Cour de cassation a, dans un célèbre arrêt *Clavaud*⁹⁷⁸, consacré la liberté d'expression des salariés dans et hors de l'entreprise. Rappelons que jusqu'en 1990⁹⁷⁹, la jurisprudence avait posé le principe « *que la perte de confiance ne constitue pas en soi un motif de licenciement et que le licenciement pour une cause inhérente à la personne doit être fondé sur des éléments objectifs* ». La Cour de cassation sanctionnait sévèrement les manquements à l'obligation de loyauté⁹⁸⁰, qui pesait de façon plus lourde sur les cadres que sur les autres salariés. Dès lors, le cadre n'avait guère le choix dans le comportement à adopter, au risque de se voir licencier pour « perte de confiance ». La Cour de cassation privilégiait alors l'intérêt de l'entreprise et le cadre devait adhérer à la politique des dirigeants.

Dans l'arrêt « Clavaud », la Cour de cassation va prononcer la nullité de la rupture du contrat de travail en énonçant : « *l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant dépourvu de sanction, il ne peut en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude.* » Cependant, aucune liberté n'étant absolue, l'employeur peut sanctionner, le cas échéant par un licenciement, le salarié qui a abusé de sa liberté d'expression. L'abus de droit constitue donc une limite à l'exercice de cette liberté, car en abusant de sa liberté d'expression, le salarié méconnaît l'obligation de loyauté dont il est débiteur.

461. La liberté d'expression connaît des limites du fait de la particularité du contrat de travail du cadre. Comme l'on a pu le dire, la Cour de cassation a introduit la notion d'abus

⁹⁷⁷ Ut infra, art. L. 122-45 du Code du travail

⁹⁷⁸ Cass. Soc., 28 avril 1988, n° 87-41.804, Bull. civ. V, n° 257 ; Dr. Ouvrier 1988, p. 249, note d'A. JEAMMAUD ; Droit Social 1988, p. 428, note de G. COUTURIER

En l'espèce, les faits sont simples : un salarié est embauché en qualité de chef comptable, puis promu directeur administratif et financier. A la suite de la prise de contrôle de la société, son nouvel employeur a proposé un avenant à son contrat de travail aux termes duquel il devenait « responsable contrôle de gestion et comptabilité. » Par la suite, le cadre remet en mains propres à chacun des six membres du comité de direction un document dactylographié critiquant les méthodes de gestion mises en place par la nouvelle direction : il se voit alors notifier son licenciement pour perte de confiance.

⁹⁷⁹ Cass. Soc., 29 novembre 1990, Bull. n° 597 : disparition jurisprudentielle de la perte de confiance comme motif réel et sérieux de licenciement.

⁹⁸⁰ Voir en ce sens, Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », LGDJ, 1989, préface G. COUTURIER

dans un arrêt du 12 novembre 1996⁹⁸¹ : « *l'exercice de la liberté d'expression par un salarié en dehors de l'entreprise ne peut justifier un licenciement que s'il génère un abus* ». La Cour entend alors par abus⁹⁸² aussi bien légèreté blâmable qu'intention de nuire. Manifestement, les circonstances de fait, ainsi que l'objet de l'entreprise jouent un rôle : le cadre, en particulier les cadres quasi-indépendants, véhiculent une image aussi bien pendant leur exercice dans l'entreprise qu'à l'extérieur, ce qui peut conduire à fixer une autre limite à la liberté d'expression⁹⁸³.

462. Par ailleurs, les informations que le cadre détient par des réunions du comité de direction sont confidentielles, ce dernier ne peut les divulguer à d'autres niveaux de la hiérarchie ; de fait le personnel de son équipe⁹⁸⁴ se voit dans la même obligation de confidentialité, sous peine de créer un trouble dans l'entreprise, en interne comme en externe. De même, caractérise un abus de la liberté d'expression, constitutif d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, le fait pour une salariée, à la suite du refus du directeur général de la nommer directrice éditoriale de la revue éditée par la société, d'avoir adressé, au Président et aux membres du Conseil d'Administration de la société, une lettre de protestation où elle mettait en cause la direction et l'orientation de la société et tentait ainsi de déstabiliser l'entreprise⁹⁸⁵.

Cependant, la notion d'abus n'implique pas nécessairement que le salarié ait proféré des injures ou des accusations mensongères ; a contrario, il va de soi que des termes injurieux ou diffamatoires, qui constituent des infractions pénales, ne sont pas acceptables⁹⁸⁶. Dans un arrêt de 1999⁹⁸⁷, la Cour de cassation précise que la liberté d'expression peut être limitée de deux façons : soit, en cas d'abus, ce qui suppose, par exemple, des termes injurieux, diffamatoires ou excessifs, soit si la limite posée est justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché⁹⁸⁸. L'abus est alors caractérisé quand le salarié participe, activement, à une campagne de dénigrement ayant entraîné la fermeture de l'entreprise⁹⁸⁹. En général, la Cour de cassation⁹⁹⁰ délimite le droit reconnu aux salariés de

⁹⁸¹ Cass. Soc., 12 novembre 1996, Bull. V, n° 373

⁹⁸² Voir en ce sens Cass. Soc., 4 février 1997, Dr. Soc. 1997, p. 413, obs. J. SAVATIER

⁹⁸³ Ut Infra

⁹⁸⁴ Telle que les assistantes de direction

⁹⁸⁵ Cass. Soc., 15 octobre 1996, n° 94-42. 911, Bull. civ. V, n° 327

⁹⁸⁶ CA Metz, 21 février 2001, RJS 1/01 n° 9

Abuse de son droit d'expression, le cadre qui se livre à des accusations injurieuses à l'égard de plusieurs directeurs de l'entreprise en leur imputant une machination après avoir reçu un avertissement

⁹⁸⁷ Cass. Soc., 14 décembre 1999, n° 97-41. 995, Dr. Social 2000, p. 165

⁹⁸⁸ En vertu de l'article L. 120-2 du Code du travail

⁹⁸⁹ Cass. Soc., 4 février 1997, n° 96-40. 678, Dr. Social 1997, p. 413, Note J. SAVATIER

dénoncer certains faits ou circonstances. Ce droit à la dénonciation est ainsi assorti de deux conditions : les faits dénoncés doivent avoir un lien avec l'entreprise et le salarié doit agir de bonne foi, sans vouloir porter atteinte à son employeur.

Une distinction s'opère donc entre la dénonciation « légitime » protégée par la liberté d'expression et la dénonciation interdite, analysée comme une faute de son auteur.

463. La reconnaissance d'une faute grave n'est pas exclue lorsque le salarié a abusé de sa liberté d'expression. Ainsi, s'agissant d'un salarié ayant proféré des accusations mensongères contre l'entreprise avec l'intention de nuire, la Haute Cour a légitimement considéré qu'il avait abusé de sa liberté d'expression et commis une faute grave⁹⁹¹. De même, la qualification de faute grave est retenue pour un chef de service informatique qui, à l'insu de son supérieur hiérarchique, envoie un rapport au directeur général de la société ; loin de se borner à contester la politique menée par la direction des systèmes informatiques et à préconiser de nouvelles orientations, il recommande l'éviction des responsables de cette direction et divulgue des informations confidentielles, après se les être procurées, sans informer quiconque de sa démarche, par une intrusion dans des fichiers qui ne lui étaient pas accessibles⁹⁹².

464. En dehors des limites strictement fixées par la jurisprudence, le cadre garde la possibilité de tenir des propos⁹⁹³ et d'exprimer sa pensée, sur n'importe quel sujet, aussi bien

En l'espèce, deux techniciennes de laboratoires avaient informé l'association Act Up que les tests de dépistage du virus du Sida étaient pratiqués par leur employeur selon une méthode d'analyse peu fiable et dangereuse. L'association Act Up a alors dénoncé cette pratique à l'autorité judiciaire et au ministre de la Santé, puis déclenché une campagne de presse contre le laboratoire. L'entreprise a dû fermer ses portes après une mesure administrative de retrait temporaire d'autorisation. Les juges de la Cour d'appel ont considéré que les faits commis par les deux salariés caractérisaient une cause réelle et sérieuse.

Cette solution a suscité des critiques dans la mesure où les salariées ont dénoncé des pratiques illicites posant des questions de santé publique. Elle aurait été différente si celles-ci en avaient informé directement l'autorité publique sans passer par une association connue par la force médiatique de ses actions.

⁹⁹⁰ Cass. Soc., 14 mars 2000, n° 97-43. 268, Bull. civ. V, n° 104

⁹⁹¹ Cass. Soc., 16 novembre 1993, n° 91-45. 904, Bull. Civ. V, n° 278

Cass. Soc., 7 octobre 1997, n° 93-41. 747, RJS 11/97, n° 1199 : a commis une faute grave la salariée, engagée comme secrétaire réceptionniste, qui a tenu des propos portant atteinte à l'honorabilité de son employeur auprès des clients de ce dernier ; elle avait dit, de son employeur, exerçant la profession de médecin, qu'il méconnaissait les règles élémentaires de sécurité, notamment par rapport à la transmission du virus du Sida, de tels propos étayés par aucun élément ayant pour but de porter atteinte à la réputation de son employeur.

⁹⁹² Cass. Soc., 1^{er} octobre 2002, n° 00-43. 543 F-D, Juris. Hebdo n° 785 du 21 octobre 2002

⁹⁹³ CA Versailles, 28 juin 2001, RJS 1/01, n° 9 : un cadre de direction, qui a manifesté sa déception concernant une mutation et qui a envoyé plusieurs courriers aux membres du Conseil d'administration à la suite de mesures qu'il estimait injustifiées et humiliantes et qu'il était dès lors naturel qu'il proteste contre ces mesures est victime d'un licenciement injustifié.

CA Versailles, 29 mai 2001, RJS 1/01, n° 9 : un chef des services administratifs et comptables qui s'est exprimé avec humeur sur le fait de ne pas avoir consulté sur l'obtention de congés par l'un de ses subordonnés et qui s'est laissé aller à quelques observations critiques sur la nouvelle organisation des services et qu'il est ainsi resté dans les limites du droit pour un cadre de haut niveau d'alerter son employeur sur les dysfonctionnements constatés.

dans qu'en dehors de l'entreprise^{994 995}. La Cour de cassation admet ainsi que le cadre puisse formuler, dans le cadre de ses fonctions, des critiques concernant l'organisation de l'entreprise, dès lors qu'il n'adopte pas une attitude, ou ne tient pas de propos excessifs^{996 997}. En effet, un cadre doit manifestement avoir un regard critique sur les décisions qu'il prend ; de fait, il ne fait qu'user de sa liberté d'expression en exerçant un droit de critique dans l'exercice de ses fonctions de cadre dirigeant⁹⁹⁹.

La liberté d'expression se matérialise aussi indirectement, par la liberté de comportement.

2) La liberté de comportement

La liberté de se vêtir (a) et la liberté de religion (b) peuvent se regrouper dans la liberté de comportement.

a) La liberté de se vêtir

~~465~~ Manifestement, le choix du vêtement fait partie des libertés non consacrées par des textes juridiques, mais il renvoie aux libertés individuelles et à l'image que l'individu veut bien donner de lui-même. Cependant, comme le droit d'expression, dans le cadre de la relation de travail, cette liberté se heurte au lien de subordination qui existe entre le salarié et l'employeur. L'employeur peut-il ainsi imposer une tenue ou restreindre les choix de ces

⁹⁹⁴ Voir en ce sens Cass. Soc., 28 avril 1988, n° 87-41. 804 P, Dr. Soc. 1988, p. 428 ; D. 1988, 437, note E. WAGNER ; Dr. Ouvrier 1988 249, note A. JEAMMAUD et M. LE FRIANT ; JCP 1988, E, II, 15270, n° 6, p. 581, obs. B. TEYSSIE : « Affaire Clavaud », en l'espèce, le salarié avait été licencié à la suite de la publication dans un quotidien, « L'humanité », d'un article rapportant les déclarations critiques qu'il avait faites sur ses conditions de travail. La Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir prononcé la nullité de la rupture du contrat de travail et énonce : « l'exercice du droit d'expression dans l'entreprise étant dépourvu de sanction, il ne peut en être autrement hors de l'entreprise où il s'exerce, sauf abus, dans toute sa plénitude »

⁹⁹⁵ Exemples où la liberté d'expression traduit une divergence de vue avec l'employeur justifiant le licenciement : cette liberté d'expression est cependant restreinte en partie par la loi puisqu'on ne peut, sous prétexte de liberté de parole, diffamer ou injurier autrui ; ainsi, l'exercice de cette liberté n'étant pas évident, un salarié prudent est un salarié qui se tait : Cass. Soc., 10 juillet 1980, Bull. civ. V, p. 482 ; Cass. Soc., 11 octobre 1984, Bull. civ. V, p. 273

Exemples où les paroles prononcées sont considérées comme une critique inadmissible de l'employeur : Cass. Soc., 12 mars 1980, Bull. civ. V, p. 187, n°247 ; Cass. Soc., 1^{er} juillet 1981, Bull. civ. V, p. 467

⁹⁹⁶ Cass. Soc., 25 janvier 2000, n° 97-45. 044, RJS 03/00 n° 259 ; Cass. Soc., 2 mai 2001, n° 98-45. 532 P

Le grief de divergences de vue exprimées en termes généraux, faisant ressortir qu'il n'est reproché au salarié, cadre directeur-exportation, ni injures, ni propos diffamatoires ou excessifs n'est pas une cause réelle et sérieuse de licenciement.

⁹⁹⁷ Cass. Soc., 23 octobre 2001, n° 99-44. 571

L'envoi par le directeur général de filiale, de notes traduisant uniquement des divergences de vue, sans dépasser le cadre normal entre deux cadres de haut niveau sur la stratégie à adopter.

⁹⁹⁸ Cass. Soc., 17 janvier 2001, n° 98-44. 354, Bull. civ. N° 13

La seule incompatibilité d'humeur, également fréquemment évoquée à l'encontre des cadres, sans invoquer aucun fait matériellement vérifiable n'est pas, non plus, une cause réelle et sérieuse.

⁹⁹⁹ Cass. Soc., 14 décembre 1999, n° 97-41. 995 P

salariés, lorsque la nature de la tâche ne justifie aucune tenue spécifique ? Si l'on développe davantage le raisonnement, l'on peut également se demander s'il est en droit d'attendre d'un cadre qu'il porte un costume¹⁰⁰⁰ dans le souci de l'image de l'entreprise. Il arrive qu'une clause du contrat de travail impose, au salarié, le port d'un uniforme ou d'un équipement spécifique, ou lui interdise de porter un vêtement ou une tenue particulière pendant l'exercice de ses fonctions, définissant une tenue de travail.

466. Une telle mesure restrictive des libertés¹⁰⁰¹ n'est légale que si elle est guidée par les dispositions de l'article L. 120-2 du Code du travail : il faut dès lors opérer une conciliation entre la liberté de se vêtir, dont le cadre n'est pas privé dans l'exercice de son activité professionnelle, et l'intérêt de l'entreprise, incluant des considérations de réputation et d'image de marque. Malgré le lien de subordination qui place le salarié sous l'autorité de son employeur, la subordination entre le cadre et son employeur se conçoit aujourd'hui différemment et elle doit s'exercer dans le respect des libertés fondamentales. En ce sens, la tenue vestimentaire du cadre est considérée, par principe, comme relevant de son propre choix, aussi toute mesure restrictive à cette liberté personnelle devra-t-elle être justifiée par la nature de la tâche.

467. En outre, le critère de proportionnalité de la mesure envisagée au regard du but poursuivi doit être recherché. La loi prévoit, donc, que la tenue de travail imposée soit justifiée par des critères objectifs, fondés sur la nature de la tâche et ne fasse pas l'objet de discrimination¹⁰⁰². La fonction du travailleur peut ainsi justifier des restrictions à la liberté d'habillement, soit pour des préoccupations relatives à l'hygiène ou à la sécurité du salarié¹⁰⁰³, soit pour protéger l'image de l'entreprise si la tâche du salarié présente un aspect médical ou alimentaire, il est indispensable de garantir une sécurité parfaite au client.

Par ailleurs, il est parfois important de distinguer rapidement la fonction de son interlocuteur par un signe distinctif de son habillement, afin de faciliter les rapports entre l'entreprise et lui-même.^{1004 1005} Enfin, la tâche, expliquant l'exigence d'une tenue de travail

¹⁰⁰⁰ C'est-à-dire qu'il présente « une apparence extérieure réglée par la coutume »

¹⁰⁰¹ P. WAQUET, « Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », Dr. Soc. 2000, p. 1051

« Les libertés dans l'entreprise », RJS mai 2000, p. 335

¹⁰⁰² Ut infra

¹⁰⁰³ En vertu de l'article L. 233-1 du Code du travail qui pose un principe général selon lequel « *les établissements doivent être aménagés de manière à garantir la sécurité des travailleurs.* »

¹⁰⁰⁴ A ce sujet, une réponse ministérielle Rép. Min., n° 40574, JOAN 29 juill. 1991, Dr. Ouvrier 1992, p. 21, précise que l'obligation faite aux salariés de porter leurs noms et prénoms sur leurs vêtements ne se justifie que si l'employeur démontre qu'elle est liée à l'intérêt de la clientèle, à l'exercice de certaines fonctions ou à des nécessités en matière de sécurité.

peut nécessiter, d'identifier rapidement le salarié dans sa fonction de l'entreprise. La jurisprudence admet l'uniforme d'une hôtesse d'aéroport qui lui permet d'être immédiatement et constamment identifiable par les passagers¹⁰⁰⁶, celui d'un agent de sécurité d'une société de gardiennage¹⁰⁰⁷, le port d'une cravate d'un veilleur de nuit d'hôtel¹⁰⁰⁸. N'est, en revanche, pas justifiée par la nature de la tâche, une mesure de l'employeur motivée par de simples considérations esthétiques totalement subjectives¹⁰⁰⁹. Ainsi, une affaire a suscité de nombreuses réactions de la part de la doctrine, concernant la tenue d'un salarié, qui s'était entêté à venir travailler en bermuda¹⁰¹⁰.

468 Faut-il alors distinguer les libertés fondamentales des libertés ordinaires et même faut-il différencier les libertés civiles des libertés publiques¹⁰¹¹ ? L'enjeu ne doit pas être minimisé, puisque en fonction de la qualification, la nullité sera la sanction, s'il y a eu transgression d'une liberté fondamentale¹⁰¹². Dès lors que le licenciement est attentatoire à

¹⁰⁰⁵ CE, 29 déc. 1995, Eurodif, Dr. Soc. 1996, p. 391 : la clause du règlement intérieur imposant le port d'un badge d'identification dans une centrale nucléaire a été reconnue licite par les juges, compte tenu de l'environnement à risque que représente ce lieu de travail.

¹⁰⁰⁶ CA Paris, 13 mars 1984, D. 1985, p. 297

¹⁰⁰⁷ Cass. Soc., 17 avril 1986, n° 85-41.325

¹⁰⁰⁸ CA Paris, 7 juin 1990, JCP E 1991, II, 190, obs. A. CHEVILLARD

¹⁰⁰⁹ CA Paris, 21^{ème} ch., 7 juin 1990, Ibid

Il en a été jugé ainsi de l'employeur qui, par note de service, a interdit à ses salariées de porter un pantalon sous leur robe réglementaire de caissière, à moins qu'il ne soit invisible et donc couvert par des bottes arrivant à la hauteur du bas de la blouse.

¹⁰¹⁰ Cass. Soc. 28 mai 2003, n° 02-40.273

P. WAQUET, « Le bermuda ou l'emploi », Dr. Soc. Septembre/octobre 2003, p. 808

M. HAUTEFORT, « Se vêtir à sa guise : une liberté individuelle mais pas fondamentale », Jurisprudence Sociale Lamy, n° 126, 24 juin 2003

M. PIERCHON, « La liberté de se vêtir au travail sans dessus-dessous », Jurisprudence Sociale Lamy, n° 102, 30 mai 2002

M. Monribot s'est présenté au travail en bermuda, bien que le règlement intérieur impose, pour des contraintes techniques une blouse blanche, ce qui laissait apparaître ses jambes nues sous sa blouse.

Malgré des remarques verbales de son supérieur hiérarchique et un courrier lui rappelant la nécessité de porter une tenue plus classique, il s'obstine, les jours suivants, à se rendre en bermuda à son travail. Son licenciement intervient pour divers motifs : manifestation à l'égard de sa hiérarchie d'une opposition forte et persistante à l'application d'une consigne simple, publicité donnée à son comportement et à son opposition, décrédibilisant la hiérarchie, un risque important de perte d'image de marque, auprès des clients de l'entreprise, fréquemment présents sur le site.

Le salarié saisit le juge des référés prud'homaux d'une demande de réintégration en soutenant que la liberté de se vêtir à sa guise constituait un droit fondamental, et que son licenciement a été mal fondé.

En première instance, le conseil de prud'hommes refuse d'annuler le licenciement, estimant qu'il y avait bien atteinte à l'image et qu'il s'agissait d'éléments objectifs recevables.

La chambre Sociale a voulu retenir l'application de l'article L. 120-2 du Code du travail et admet implicitement la validité de la restriction apportée par l'employeur à la liberté du salarié de se vêtir. Selon la solution donnée par la Cour de cassation « *La liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales.* »

¹⁰¹¹ Voir en ce sens P. WAQUET, « Les libertés dans l'entreprise », RJS 5/00

¹⁰¹² G. COUTURIER, « Les nullités du licenciement », Dr. Soc. 1977, p. 227

une liberté fondamentale, il est illicite et la nullité s'impose, qu'elle soit ou non prévue par un texte.¹⁰¹³

Examinons maintenant les restrictions en matière de liberté religieuse.

b) La liberté de religion

469. La liberté de religion renvoie au débat sur la laïcité¹⁰¹⁴ et le port du voile islamique dans l'entreprise¹⁰¹⁵. Même si la présence de salariées voilées, sur le lieu de travail, est faible, certaines femmes revendiquent le droit au travail et la liberté d'exercer leur religion, au motif que l'entreprise est un espace privé où le salarié doit pouvoir exprimer sa liberté d'opinion et de croyance, sans risquer un traitement discriminatoire. Il ne saurait y avoir d'interdiction de principe du port du voile au sein de l'entreprise ; c'est en fonction des circonstances de chaque espèce que le juge devra apprécier si le port du voile est compatible, ou non, avec la nature des fonctions exercées et la finalité de l'entreprise, toujours sur le fondement de l'article L. 120-2 du Code du travail.

470. Cependant, l'article L. 122-45 du Code du travail, qui prohibe les licenciements pour motif religieux, n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant une symbiose totale avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement¹⁰¹⁶. A l'inverse, un salarié peut-il légitimement refuser d'exécuter une tâche au motif qu'elle heurte ses convictions religieuses ? La Cour de cassation paraît ne pas accorder au salarié cette possibilité et donc admettre la licéité de la rupture du contrat de travail¹⁰¹⁷.

¹⁰¹³ Voir en ce sens, arrêt CLAVAUD, Cass. Soc., 28 avril 1988 cité ci-dessus, confirmé par Cass. Soc., 28 mars 2000, n° 97-44. 309

¹⁰¹⁴ Le débat sur la laïcité a débordé le cadre scolaire puisque le rapport de la Commission Stasi au Président de la République remis le 11 décembre 2003 avait préconisé « *d'insérer dans le Code du travail un article pour que les entreprises puissent intégrer dans leur règlement intérieur des dispositions relatives aux tenues vestimentaires et au port de signes religieux pour des impératifs tenant à la sécurité, au contact avec la clientèle ou à la paix sociale.* »

Cette proposition n'a pas été suivie d'effet en droit du travail car finalement, la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 issue de cette commission de réflexion comporte seulement quatre articles dont un seul, essentiel, est consacré à l'interdiction du port du voile dans les établissements scolaires.

¹⁰¹⁵ Voir en ce sens, P. BOUGHANMI-PAPI, « Le port du voile islamique dans l'entreprise », JSL, n° 150-151, 1^{er} septembre 2004

¹⁰¹⁶ CA Toulouse, 17 août 1995, RJS 03/96, n° 247

En l'espèce, un salarié, engagé comme surveillant rituel par une association culturelle israélite, a été licencié pour des motifs à caractère moral et religieux. Celui-ci considérait que l'employeur s'était immiscé dans sa vie personnelle, son licenciement étant fondé sur la liaison qu'il avait entretenue avec une femme mariée. La Cour d'appel, après avoir rappelé les termes de l'article L. 122-45 du Code du travail, a jugé le licenciement pourvu d'une cause réelle et sérieuse ; ayant accepté d'être soumis aux restrictions à sa vie privée exigées par ses fonctions, il ne peut se prévaloir de la liberté protégeant la vie privée pour conserver son emploi.

¹⁰¹⁷ Cass. Soc., 24 mars 1998, n° 95-44. 783 P, Juris. Actu, n° 7882, 22 juin 1998 : « *Si l'employeur est tenu de respecter les convictions religieuses de son salarié, celles-ci n'entrent pas, sauf clause expresse, dans le cadre du contrat de travail, et l'employeur ne commet aucune faute en demandant au salarié d'exécuter la tâche pour laquelle il a été embauché dès l'instant que celle-ci n'est pas contraire à une disposition d'ordre public.* »

*

* *

471. Force est donc de constater que le cadre quasi-indépendant, beaucoup plus que les autres salariés, subit le poids de son statut professionnel dans sa vie privée : sa liberté d'expression, sa liberté de comportement, voire sa liberté religieuse peuvent en pâtir. Sa position dans l'entreprise, si elle lui apporte une considération et un statut social, lui crée, plus qu'à tout autre, des contraintes qui l'accompagnent bien après qu'il ait franchi les portes de l'entreprise.

CONCLUSION PREMIERE PARTIE

472. Aujourd'hui, l'on apprend l'anglais sur son ordinateur, l'on planche sur un projet avec des collègues du bout du monde, l'on travaille chez soi, dans les aéroports ou chambres d'hôtel, chez un client ou un fournisseur : partout où l'on trouve une prise de téléphone, un coin de table et éventuellement une connexion Internet. L'unité de lieu et de temps qui gouvernaient l'entreprise d'hier a disparu. Les cadres sont de plus en plus seuls face au travail et aux responsabilités, et le phénomène est accentué par les NTIC, la montée en puissance de nouvelles organisations du travail, en réseau ou en équipes, et l'individualisation croissante des tâches¹⁰¹⁸.

473. A priori, ces constats sont des constats de libération : émancipation du contrôle quotidien de l'employeur, évasion loin du lieu de travail, sortie du train-train répétitif, cadencé par des horaires immuables et la présence imposée des mêmes collègues et des mêmes équipes. Le cadre quasi-indépendant peut s'organiser librement dans son temps de travail, voire dans ses choix stratégiques, sa compétence et son activité, essentiellement intellectuelle, rendant illusoire le droit de regard de l'employeur. En outre, le cadre quasi-indépendant jouit d'une considération qui, à défaut de lui faire partager le pouvoir des dirigeants, lui permet souvent de faire oublier, à l'environnement de l'entreprise, son statut de salarié.

474. Or, le Droit du travail conçu et construit comme un moyen de défense du salarié, en situation de faiblesse et de dépendance envers l'employeur, n'est pas adapté à cette situation et son application aboutit souvent à des incongruités¹⁰¹⁹. De plus, toute médaille à son revers et le cadre subit d'autres contraintes, d'autres asservissements, où la protection du droit du travail s'avère illusoire. La pression hiérarchique est devenue pernicieuse, plus sophistiquée : elle prend la forme « d'objectifs », « d'assujettissement à la culture d'entreprise », d'obligation d'efficacité, de mobilité, de flexibilité.

475. Le cadre, souvent isolé, doit faire face à un arbitraire autre que celui du « patron », c'est celui du « client », qui n'hésitera pas à le traquer dans sa vie familiale, à tout moment du jour ou de l'année, au moyen de technologies, de plus en plus efficaces et envahissantes. Son mode de fonctionnement se rapproche, dès lors, de celui de l'entrepreneur libéral, voué à la satisfaction du client, des budgets, en un mot assujetti aux risques de l'entreprise, et cette

¹⁰¹⁸ Certains employeurs ont du instaurer des pauses café obligatoires pour éviter la communication par mail même entre bureaux voisins.

¹⁰¹⁹ Ut supra : les golden parachutes, les sportifs de haut niveau...

tendance se traduit dans les modes de rémunération de plus en plus variables, de plus en plus aléatoires, et qui prennent, au besoin, la forme de rémunération en actions. Devant ce double constat, d'un droit du travail dont le contenu existant correspond de moins en moins au statut du cadre - incongruité d'un droit bâti pour l'ouvrier du XIX^{ème} siècle- et dont le contenu à venir n'est pas facile à définir - protection illusoire, le juriste cédant le pas au Psychologue-, il est grand temps de réfléchir à la construction d'un statut du cadre quasi-indépendant.

DEUXIEME PARTIE : LA CONSTRUCTION NECESSAIRE D'UN REGIME JURIDIQUE

476. Le droit du travail est, à n'en pas douter, le secteur le plus sensible de notre législation, car notre société s'est hiérarchisée autour des notions de richesse et de position sociale. Or, toute la problématique du Droit du travail tient dans la réglementation des rapports « dominants et dominés » et dans la régulation des flux financiers, et donc du transfert de richesse d'un groupe social à l'autre.

A titre d'exemple, la passion des débats, qui a accompagné le vote de la loi sur la RTT, démontre, s'il en était besoin, que toute réforme d'envergure, en Droit du travail, doit s'accompagner d'un consensus majoritaire et s'inscrire dans une évolution de la société. Le vote des lois AUBRY a, certes, correspondu à un choix politique, mais il a, indéniablement, accompagné (et sans doute accéléré) un mouvement sociétal de recherche du temps libre et de remise en cause de la valeur symbolique du travail, qui existait, en germe, dans l'esprit des français.

Ce constat ne doit pas être perdu de vue, lorsqu'on aborde une démarche prospective, visant à toucher au Droit du travail et, de manière encore plus sensible, lorsqu'on envisage d'en limiter l'emprise.

La recherche d'un nouveau statut juridique pour les cadres de haut niveau nécessite donc de se pencher sur l'évolution de notre Droit du travail au cours des dernières décennies, afin d'en dégager les idées force (Titre 1), de façon à examiner la faisabilité et la compatibilité d'une réforme, par rapport au Droit positif, tant il est vrai qu'une évolution est envisageable, alors qu'une révolution est à écarter (Titre 2).

Titre 1 : L'état des lieux du droit positif

Le Droit du travail, discipline délicate et mouvante, s'est très largement développé, durant la période contemporaine, annexant, sans cesse de nouveaux territoires (chapitre 1), ce qui pourrait laisser à penser qu'une tentative visant à en retirer certains ressortissants serait vouée à l'échec ; néanmoins, une évolution contraire semble se dessiner (chapitre 2), ouvrant ainsi la voie à de nouvelles perspectives pour les cadres quasi-indépendants.

477. Le travail salarié est réellement apparu il y a environ deux siècles ; en effet, auparavant, le travail même était déconsidéré, mais, peu à peu, à partir de la Révolution, on assiste à une émergence du salariat par étapes successives¹⁰²⁰ : petit à petit, un prolétariat apparaît et commence à s'organiser.

Au début du XX^{ème} siècle, le prolétariat est urbain dans sa très grande majorité, et le travail salarié s'installe, d'autant plus que la qualité de salarié entraîne le bénéfice d'un certain nombre de contreparties et de garanties¹⁰²¹. Progressivement, une collectivisation des rapports individuels de travail va s'effectuer : les conditions de travail et d'emploi ne sont plus seulement le résultat de ce qui est voulu par l'employeur, elles sont aussi déterminées par le jeu de l'action collective (représentation syndicale, négociation collective), ce qui contribue à compenser la situation d'inégalité dans laquelle se trouvent la plupart des salariés. Un véritable droit du travail s'élabore, alors, au profit des travailleurs subordonnés.

A partir de l'après-guerre et jusqu'à la crise des années 70, les grandes mutations salariales contemporaines apparaissent. Le développement économique et industriel, en même temps qu'il permet une sensible amélioration des conditions de vie et de travail des salariés, transforme la structure du salariat : les ouvriers subsistent en nombre peu important dans l'agriculture, et voient leur nombre diminuer, dans l'industrie, au profit des catégories employés et cadres¹⁰²² ; parallèlement, le travail se féminise.

478. Pour des raisons démographiques et socio-économiques¹⁰²³, la population active n'a pas cessé d'augmenter depuis le milieu des années 60 ; cependant, depuis 1975, en raison du

¹⁰²⁰ Au début, on raisonne en terme de journalier car l'embauche s'effectue le plus souvent pour la journée, mais avec l'exode rural du milieu du XIX^{ème} siècle et la révolution industrielle, la nature du travail commence sa mutation : d'agricole, il devient industriel, perdant, par là même, un certain prestige. Les conditions de travail sont épouvantables, comme le rapport VILLERME en fera le constat : journées de travail d'au moins 15 heures, travail des enfants dès l'âge de 8 ans.

Dès 1776, Adam SMITH avait souligné l'intérêt qu'il y avait à la division du travail pour améliorer la productivité du travail au travers de l'exemple de la manufacture d'épingles.

Environ un siècle plus tard, cette analyse est reprise et mise en œuvre par TAYLOR, puis FORD : la production industrielle se rationalise et va de pair avec l'essor d'une consommation de masse. Le contrat de travail n'existe pas encore en tant que tel : il ne s'agit que d'un contrat de louage de services qui place les relations salariales sur un plan commercial et contractuel ; donc le travailleur loue sa force physique à un employeur aux conditions voulues par ce dernier. Aucun mécanisme collectif ne permet de rééquilibrer les situations respectives du salarié et de l'employeur puisque la loi Le Chapelier des 14 et 17 juin 1791 interdit les groupements professionnels et autres coalitions.

¹⁰²¹ Tels que revenu « assuré », avantages sociaux (congrés payés, 40 h hebdomadaires), protection sociale (assurances sociales, puis Sécurité Sociale qui garantit contre les principaux risques de l'existence)

¹⁰²² La catégorie des cadres « explose » avec l'essor du secteur tertiaire

¹⁰²³ Comme l'arrivée sur le marché du travail des enfants du baby-boom

chômage, elle tend à stagner aux alentours de vingt millions de personnes. Au sein de cette population, la prééminence du salariat demeure incontestable. Alors qu'à la fin du XIX^{ème} siècle, près de la moitié de la population relevait du travail indépendant, aujourd'hui, environ 19 millions d'actifs sont des salariés et le salariat constitue le cadre professionnel de 77 % de la population active. Il faut néanmoins préciser que la catégorie des travailleurs indépendants est mal délimitée car, dans la nomenclature INSEE des catégories socioprofessionnelles, la notion d'indépendant recouvre toutes les personnes établies à leur compte, ou qui dirigent une entreprise, une société, ainsi que les aides familiaux non salariés. Sont, ainsi, principalement comprises dans les travailleurs indépendants les catégories suivantes : exploitants agricoles, artisans, commerçants, professions libérales, chefs d'entreprise de moins de dix salariés. Sur cette base, l'INSEE recensait à la fin de l'année 1998 moins de 575 000 entreprises¹⁰²⁴ sur les 2 250 000 entreprises employant moins de dix salariés.

Quoiqu'il en soit, la France reste dans une logique dominante de salariat, et le phénomène est encore accentué par le législateur. En effet, à plusieurs reprises, des lois sont venues intégrer diverses activités professionnelles dans la mouvance du salariat, tout en leur réservant le bénéfice de quelques critères propres qui se sont alors détachés du lien de subordination juridique pur¹⁰²⁵ (section 1).

Il est indéniable que c'est la dépendance économique, due au déséquilibre entre l'importance des activités des deux contractants, qui a justifié l'extension des normes du droit du travail, aux fins de protection du plus faible (section 2).

Section 1 : Les présomptions légales de salariat

En même temps que le législateur attribuait expressément le statut de salariés à diverses catégories professionnelles dotées d'une large autonomie (I), apparaissait une suspicion quasi généralisée envers le travail non salarié (II).

¹⁰²⁴ Les statistiques montrent, que les travailleurs indépendants sont de moins en moins nombreux au fil des années : de 3, 6 millions en 1975, ils sont passés à 2, 88 millions en 1996. Ces chiffres sont dus à un fort recul des exploitants agricoles, des commerçants et des artisans ruraux et masquent le développement constant, depuis le début des années 1990, de la population active des free-lance, même si la France est l'un des pays où la création d'entreprise est le choix professionnel le moins spontanément envisagé.

Cf Rapport du président H. NOVELLI sur le projet de loi pour l'initiative économique, rapport Assemblée Nationale n° 572 du 3 février 2003

¹⁰²⁵ Voir en ce sens, A. SUPLOT, « Les juridictions du travail », Dalloz 1987, n° 243, p. 243

« A chaque fois qu'il a été créé une catégorie de salariés par détermination de la loi, le législateur a été conduit à substituer à la subordination juridique d'autres critères qui conditionnent, pour cette catégorie, la reconnaissance d'un contrat de travail »

I- Le salariat par statut légal

Le jeu des présomptions présente, une particularité, car il peut ne déclencher qu'une application partielle du droit du travail (A) ou une application totale (B). Aussi le droit applicable à certaines catégories de professionnels se révèle-t-il d'une nature hybride, empruntant à la fois aux techniques du droit du travail et du droit des travailleurs non salariés.

A- Les assimilations partielles

479. La qualification légale catégorielle suppose que l'activité s'exerce sous des conditions strictes qui qualifient un statut professionnel : celui des gérants de succursale (1), des V.R.P. ou des journalistes (2). Quand ces conditions ne sont pas réunies, il convient de revenir au droit commun et d'apprécier alors les conditions générales d'exercice pour qualifier l'activité de dépendante ou d'indépendante.

1) Les gérants de succursales : la situation la plus « originale »

Deux catégories de gérants sont en cause, définis par les articles L. 781-1 et L. 782-1 du code du travail, qui bien souvent auront le statut de cadre.

a- Les gérants salariés de l'article L. 781-1 du Code du travail

480. L'article L. 781-1 du Code du travail étend les dispositions du droit du travail à des catégories particulières de travailleurs, placés dans deux types de situations :

D'une part, *« les personnes qui, dans une entreprise industrielle ou commerciale, sont chargées par le chef d'entreprise ou avec son agrément de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature » ;*

D'autre part, *« les personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises ou denrées de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou commerciale, soit à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise. »*

Ce texte a été très souvent utilisé par la jurisprudence, pour assimiler à des salariés, de manière plus ou moins complète, des exploitants « indépendants », liés par divers contrats du droit commercial : contrat de gérance-libre, de concession exclusive¹⁰²⁶, contrat de franchise¹⁰²⁷. De manière très explicite, les magistrats ne se sont pas préoccupés de rechercher les indices concrétisant la subordination, vérifiant simplement la présence des trois éléments visés dans le texte (exclusivité, agrément du local et prix imposés). Une fois encore, la démarche adoptée par le législateur s'inscrit pleinement dans le processus d'élargissement du domaine du salariat, par le recours à des conditions objectives cumulatives, dont la réunion justifie l'application, de tout ou partie, de la législation du travail, sans référence au lien juridique de subordination.

b- Les gérants « atypiques » de l'article L. 782-1 du Code du travail

481. Ils constituent l'une des catégories professionnelles dont la situation est la plus originale en Droit du travail. En effet, le particularisme de leurs conditions de travail leur a valu un traitement spécifique de la part du législateur ; considérés comme « *des chefs d'établissement à l'égard du personnel qu'ils emploient* », ils sont qualifiés, par la loi, de gérants non salariés, mais ils bénéficient de tous les avantages accordés aux salariés par la législation sociale, notamment en matière de congés payés. De même, les litiges qui les opposent à leur entreprise relèvent de la compétence des tribunaux habilités à connaître les litiges survenus à l'occasion du louage de service, lorsqu'ils concernent les conditions de travail de ces gérants non salariés.

La situation juridique de ces gérants de succursales, salariés « atypiques », est à distinguer, soigneusement, de celle des gérants-mandataires non-salariés, visés dans le nouveau chapitre VI, Titre IV, Livre 1^{er} du Code de commerce^{1028 1029}.

Journalistes et VRP représentent, quant à eux, deux branches d'activité où un véritable statut a été créé.

¹⁰²⁶ Arrêts célèbres relatifs aux gérants de stations-service : Cass. Soc., 13 janvier 1972, Bull. civ. V, n° 28, Dalloz, 1972-425, note G. SCHAEFFER ; voir également, Cass. Soc., 18 décembre 1975, D. 1976-399, note A. JEAMMAUD : la chambre Sociale n'hésite pas à écrire que le pompiste « *cumulait la qualité de commerçant, vis-à-vis des tiers et d'employé vis-à-vis de la société concédante* » ; Cass. Soc., 18 nov. 1981, D. 1983-242, note Y. SAINT-JOURS

¹⁰²⁷ Cass. Soc., 7 juillet 1977, Bull. civ. V, n° 482 ; Cass. Soc., 4 décembre 2001, Droit Social, n° 2, février 2002, note A. JEAMMAUD et sur renvoi, C.A. PARIS, 13 janvier 2004, Lettre de la distribution, février 2004, « Miettes »

¹⁰²⁸ Ce texte est issu de la récente Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, publiée au J.O. du 3 août 2005

¹⁰²⁹ Le gérant-mandataire doit s'immatriculer au Registre du Commerce ou (et) au Registre des Métiers et n'est donc pas salarié.

2) Les journalistes professionnels et les VRP : la reconnaissance d'un statut

Ces deux professions, constituées majoritairement par des cadres, ont bénéficié d'une véritable organisation statutaire.

a- Les journalistes

482. L'article L. 761-1 du Code du travail précise que les dispositions du Code du travail sont applicables aux journalistes et assimilés¹⁰³⁰, sous réserve de dispositions spécifiques prévues par la loi en matière de résiliation du contrat, de rémunération et de congés. De leur côté, les partenaires sociaux ont élaboré une convention collective¹⁰³¹ ; le statut de journaliste salarié déroge largement au droit commun applicable aux salariés traditionnels.¹⁰³²

Aux termes de la loi du 4 juillet 1974¹⁰³³, « *toute convention par laquelle une entreprise de presse s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un journaliste professionnel au sens du premier alinéa est présumée être un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le montant et le mode de la rémunération, ainsi que la qualification donnée à la convention par les parties.* »

Cette loi a élargi le champ des bénéficiaires du statut, par l'intégration des « pigistes », catégorie de journalistes jusque-là défavorisés, puisqu'ils ne pouvaient bénéficier de la législation sociale qu'en apportant la preuve, pour eux très difficile, de leur subordination juridique. Dès lors, la définition légale devient la voie de l'acquisition de la qualité de journaliste professionnel salarié et impose, de façon quasi automatique, la qualification de contrat de travail, pour supprimer la discrimination entre les journalistes salariés et les pigistes. La présomption légale d'existence d'un contrat de travail vaut donc, en même temps, présomption d'existence du lien de subordination¹⁰³⁴.

483. Indépendamment du cas particulier des pigistes, la profession de journaliste, de par la créativité qu'elle implique, s'accorde mal d'un lien étroit de subordination. Malgré les directives qu'il peut recevoir pour l'organisation de son travail, et les obligations auxquelles il peut être tenu, le journaliste doit, par définition, jouir d'une liberté très large pour une correcte exécution de sa tâche, d'où l'utilité de la clause de conscience¹⁰³⁵. En effet, l'indépendance

¹⁰³⁰ Voir en ce sens, B. SERIZAY, « Journalistes », Fascicule 5-30, Editions Techniques- Juris-Classeurs, 1993

¹⁰³¹ Convention collective nationale des journalistes : Journal Officiel, brochure n° 3136

¹⁰³² M. MOLINA, « Les journalistes, statut professionnel, libertés et responsabilités », Collection Légipresse, Litec, Victoires-Editions

¹⁰³³ Loi n° 74 - 630 du 4 juillet 1974, dite loi CRESSARD

¹⁰³⁴ Voir en ce sens, G. HALPERN, « salariés, journalistes », Juris-Classeur Travail, Fasc. 5-30, 1984/3, n° 80

¹⁰³⁵ Cf P. M. DESSINGES, « La clause de conscience des journalistes », RDH dr. Comp. Vol. n° 2-4, 1974, p. 603 et 609

R. LINDON, « La clause de conscience dans le statut des journalistes », JCP 1960, éd. CI, 66704

intellectuelle, qui caractérise l'activité journalistique, et la multiplicité des collaborations qui peut en résulter, sont de nature à remettre en cause, de façon quasi systématique, l'existence d'un contrat de travail entre l'entreprise de presse et le journaliste.

L'essentiel des difficultés tient à ce que les tribunaux ont toujours admis que la présomption édictée par l'article L. 761-2 n'était qu'une présomption simple, susceptible de recevoir la preuve contraire, mais renversant la charge de la preuve¹⁰³⁶. Dès lors, le journaliste est par principe salarié et, par exception, travailleur indépendant.

484. La jurisprudence prend en compte, comme élément de distinction, les paramètres classiques : sera considéré comme indépendant le journaliste qui agit dans un état de totale indépendance, en choisissant, par exemple, les sujets qu'il traite et les modalités pour les traiter, et surtout en ne recevant aucune directive, ni aucune commande. A contrario, ont été qualifiés de salariés¹⁰³⁷ :

- le journaliste devant respecter des directives très précises de l'employeur et des délais impératifs¹⁰³⁸ ;
- le pigiste qui tire l'essentiel de sa rémunération de sa collaboration régulière et permanente à une publication, en qualité de correspondant, nonobstant la perception « d'honoraires »¹⁰³⁹ ;
- le pigiste qui rend régulièrement au journal des travaux et qui perçoit une rémunération mensuelle, fonction du nombre de piges¹⁰⁴⁰ ; l'absence de régularité dans la fourniture de travaux n'écarte pas, pour autant, de façon systématique, le salariat : le contrat peut, alors, être à durée déterminée¹⁰⁴¹.

Même dans les situations où le journaliste bénéficie d'une indépendance certaine dans l'organisation de son travail et choisit ses sujets, une Cour d'Appel a estimé que ce choix n'est pas exclusif d'un lien de subordination, dès lors qu'il doit demeurer en rapport avec l'objet de la revue¹⁰⁴².

¹⁰³⁶ Voir en ce sens, Cass. Soc., 16 mars 1983 : Bull. civ. V, n° 163

¹⁰³⁷ Voir en ce sens, B. SERIZAY, Etude sur les journalistes, Juris-Classeur, Fascicule 5-30 ; références reprises ci-dessous.

¹⁰³⁸ CA Paris, 21^{ème} ch. A, 15 mars 1989, Sté PEI c/ Chanial ; CA Paris, 18^{ème} ch. C, 8 juin 1990, Cogedipresse c/ de Aldisio ; Cass. Soc., 17 juin 1992, SA Sygma c/ Berges

¹⁰³⁹ CA Paris, 18^{ème} ch. C, 28 mars 1991, SA Ouest-France c/ Coudurier

La Cour de cassation semble aller plus loin en admettant que la présomption de salariat n'est pas renversée alors même que le pigiste n'avait d'autre obligation que de rendre compte de la vie locale et qu'il était libre de l'organisation de son travail : Cass. Soc., 28 mai 1986, Lépolard c/ Le Parisien Libéré

¹⁰⁴⁰ CA Paris, 21^{ème} ch. A, 26 mai 1991, Mme Martin c/ SA Les Echos

¹⁰⁴¹ CA Paris, 22^{ème} ch. C, 12 janv. 1988, St-Pierre c/ Sté Edimar

¹⁰⁴² CA Paris, 18^{ème} ch. C, 10 oct. 1991, Meunier c/ Sté Gerpresse ; de même le salariat n'est pas remis en cause même si l'intéressé justifie d'autres collaborations journalistiques non salariées : CA Paris, 18^{ème} ch. C, 16 avril 1992, Sté Groupe Expansion c/ Del Moral. Les tribunaux considèrent que le seul fait de répondre à une commande caractérise le lien de subordination ou le salariat ; le salariat ne pouvant être écarté que si l'entreprise

En revanche, le salariat a été refusé dans les situations suivantes :

- le pigiste qui, outre une totale indépendance dans l'organisation de son travail, jouit d'une liberté totale dans le choix des sujets qu'il traite, leur nombre, la périodicité de ses chroniques¹⁰⁴³,
- l'absence de commande justifie le renversement de la présomption de salariat lorsque l'auteur fait parvenir, de sa propre initiative, ses travaux, sans instruction de la société de presse¹⁰⁴⁴.

Dès lors, l'on peut remarquer que la jurisprudence retient fréquemment la qualification de contrat de travail et qu'en tout état de cause, l'indépendance de création, c'est-à-dire la liberté dont dispose le journaliste pour rédiger le contenu des articles qu'il écrit, n'est pas de nature à remettre en cause le salariat.

Une autre assimilation est à rapprocher du journaliste dans sa mise en place, elle concerne la catégorie des VRP.

b- Les VRP

~~485~~ L'article L. 751-1 du Code du travail instaure une présomption de contrat de travail au bénéfice de V.R.P. remplissant certaines conditions clairement définies. Cette disposition dont les modalités actuelles s'inspirent d'une longue évolution législative, permet d'intégrer au champ d'application de la législation du travail, des catégories de VRP auxquelles ces avantages furent longtemps refusés, par une jurisprudence fondée sur la subordination juridique. L'article L. 751-4 du Code du travail vient renforcer la présomption de l'article L. 751-1 en stipulant que « *en l'absence de contrat écrit, les personnes exerçant la représentation sont présumées être des V.R.P. soumis aux règles particulières du titre V du Livre VII du Code du travail, relatif aux V.R.P.* »

Le législateur a, par ce texte, mis l'accent sur les conditions de fait d'exercice de l'activité ; il privilégie la volonté réelle des parties sur la volonté exprimée d'écarter la condition de subordination. Ainsi, la reconnaissance juridique du statut de VRP dépend essentiellement des conditions de fait, dans lesquelles le prétendu représentant travaille.

Dès lors que les conditions exigées par l'article L. 751-1 du Code du travail sont, en fait, réunies, l'application du statut légal est de droit. Les termes du contrat peuvent être pris

démontre que le journaliste travaille en toute indépendance, sans recevoir ni directive, ni orientation : Cass. soc. 20 mars 1991, Pankotay c/ JDN Publications.

¹⁰⁴³ CA Aix-en-Provence, 14^e ch., 28 mars 1988, Andrieu c/ Le Méridional ; Cass. Soc., 25 avr. 1988, Garrigue c/ Belluard

¹⁰⁴⁴ CA Paris, 22^e ch. C, 1^{er} sept. 1991, Cheikh Haidar c/ Sté Dar Al Hiwar ; Cass. Soc., 30 juin 1988, Ciot c/ SA Parimage : Bull. civ. V, n° 399 ; Cass. Soc., 9 févr. 1989, Lacroix c/ AGEFI : Bull. civ. V, n° 108 ; Cass. Soc., 8 avr. 1992, Huas c/ Sté Giovanni : Bull. civ. V, n° 254

en compte, mais la Cour de cassation précise qu'à eux seuls, ils sont insuffisants pour qualifier l'activité du représentant. Cette dernière doit être déterminée d'après les modalités réelles d'exécution du travail¹⁰⁴⁵.

486. De même, aucune stipulation contractuelle ne saurait déroger à cette réglementation d'ordre public¹⁰⁴⁶ et peu importe que le contrat fasse référence à l'application d'une convention collective¹⁰⁴⁷ correspondant à une profession différente¹⁰⁴⁸ ou attribuée au représentant la qualité d'attaché commercial¹⁰⁴⁹, de conseiller technique¹⁰⁵⁰ ou encore d'agent technico-commercial¹⁰⁵¹.

487. Pour retenir la qualification de VRP, diverses conditions doivent être remplies, quant à l'activité effectivement exercée¹⁰⁵², car l'activité caractéristique du représentant consiste, de manière exclusive et constante, à prospecter la clientèle en vue de prendre des ordres¹⁰⁵³.

- La mission de prospection suppose l'exploitation de la clientèle existante mais aussi la découverte de nouveaux clients avec lesquels l'entreprise, pour le compte de laquelle le représentant travaille, pourra passer des contrats. Il convient que le représentant puisse aller à la rencontre du client, ce qui n'est pas le cas du vendeur qui se contente des rendez-vous pris par son employeur¹⁰⁵⁴; tel n'est pas, non plus, le cas du vendeur qui n'entre en contact avec la clientèle qu'au sein d'un magasin dont il ne sort pas¹⁰⁵⁵. Notons que l'existence des moyens

¹⁰⁴⁵ Cass. Soc., 11 déc. 1991, Bull. civ. V, n° 573

¹⁰⁴⁶ La solution est classique ; en effet, la Cour de cassation décide dès 1971 que « celui qui exerce en fait la profession de représentant dans les conditions prévues par le Code du travail doit bénéficier du statut légal quelle que soit la qualification qui lui a été donnée au contrat et nonobstant les stipulations de celui-ci » Cass. Soc., 1^{er} janv. 1971 : Bull. civ. V, n° 23

La solution est constante : « la dénomination de technico-commercial attribuée au salarié par le contrat de travail ne saurait prévaloir sur le statut légal de VRP, qui est d'ordre public, dès lors que les conditions d'application de ce statut sont réunies » : Cass. Soc., 27 oct. 1999 : Juris-Data n° 1999-003898

¹⁰⁴⁷ Voir en ce sens, M.C. HALLER, « Le statut conventionnel des VRP prime sur la convention collective mentionnée sur le bulletin de paye », JSL, n° 144, 27 avril 2004

La Cour de Cassation a confirmé à plusieurs reprises que les VRP n'ont pas droit, en sus des garanties attachées à leur statut aux avantages prévus par la convention collective applicable dans l'entreprise dans laquelle ils exercent leurs fonctions de représentation : Cass. Soc., 19 févr. 1992, n° 94-43. 733 ; Cass. Soc., 29 oct. 2002, n° 00-45. 966. La Cour de cassation va aujourd'hui plus loin en refusant la moindre portée à la mention sur le bulletin de paye d'un représentant de la convention collective dont dépendait l'entreprise dès lors que ladite convention ne contenait pas de dispositions spécifiques relatives aux VRP. Elle fait prévaloir la spécificité du statut de VRP, spécificité concrétisée par l'existence d'un statut légal figurant au livre VII du Code du travail complété par un statut conventionnel identique pour tous les représentants quel que soit leurs secteurs d'activité.

¹⁰⁴⁸ Cass. Soc., 12 avr. 1995 : Dr. Soc. 1995, p. 606

¹⁰⁴⁹ Cass. Soc., 13 janv. 1982 : Bull. civ. V, n° 15 ; Cass. Soc. 12 mai 1993 : Juris-Data n° 1993-001855

¹⁰⁵⁰ Cass. Soc., 20 déc. 1961 : Bull. civ. IV, n° 1080

¹⁰⁵¹ Cass. Soc., 20 avr. 1970 : Bull. civ. V, n° 286

¹⁰⁵² Voir en ce sens, S. LANSELLE, « Représentants de commerce salariés », Liaisons Soc., n° 10647, févr. 1990

¹⁰⁵³ Cass. Soc., 6 févr. 1974 : Bull. civ. V, n° 78 ; Cass. Soc., 9 janv. 2001 : Bull. Civ. V, n° 1

¹⁰⁵⁴ Cass. Soc., 13 mars 2001 : TPS 2001, comm. 176 ; Juris-Data n° 2001-008662

¹⁰⁵⁵ Cass. Soc., 20 mai 1966 : Bull. civ. V, n° 479

de communication modernes pourrait modifier la notion de prospection ; en effet, la recherche et la prise de contact avec la clientèle peuvent être téléphoniques, voire électroniques, ce qui exclut les déplacements physiques¹⁰⁵⁶ et qui contredit la conception traditionnelle de la notion de représentant¹⁰⁵⁷. Par ailleurs, le contact avec la clientèle doit être direct¹⁰⁵⁸.

- La prise d'ordres est le résultat de l'activité de prospection ; le statut de VRP suppose en effet l'aptitude du représentant à prendre des commandes pour son employeur¹⁰⁵⁹. Le critère de la prise d'ordre est régulièrement relevé par la Cour de cassation pour retenir la qualification de représentant statutaire¹⁰⁶⁰ ; aussi les juges du fond doivent-ils vérifier, pour dénier la qualification de VRP, que l'activité concernée n'inclut pas la prise d'ordres¹⁰⁶¹.

- Un autre critère entre en compte, et paraît antinomique à la définition du contrat de travail, c'est celui de l'indépendance ; en effet, le représentant dispose fréquemment, pour accomplir efficacement sa mission de prospection, d'une certaine liberté d'action. Cette circonstance, qui parfois affecte le lien de subordination, ne saurait cependant conduire les juges à lui refuser la qualité de représentant statutaire¹⁰⁶² ; la Cour de cassation décide même que « *l'absence de subordination n'est pas, à elle seule, exclusive du statut légal* »¹⁰⁶³. En effet, la notion d'indépendance connaît ses limites dans le pouvoir disciplinaire puisque l'employeur peut contrôler l'activité et sanctionner celui qui prétend y échapper¹⁰⁶⁴.

-Enfin, la qualification de VRP ne peut être reconnue au représentant qui accomplit des actes de commerce pour son compte : peu importe qu'il les accomplisse à l'occasion de la

¹⁰⁵⁶ Voir CA Versailles, 24 avr. 1992, RJS 7/ 1992, n° 956

¹⁰⁵⁷ En ce sens, P. GRIGNON : Rép. Com. Dalloz V, VRP, n° 22

¹⁰⁵⁸ Sont donc exclus du bénéfice du statut de VRP les différents collaborateurs des services commerciaux qui n'ont pas ce contact, tel le directeur commercial qui supervise le travail des commerciaux sans assurer lui-même de prospection : Cass. Soc., 17 oct. 1979 : Bull. civ. V, n° 752

Cass. Soc., 1^{er} févr. 1978 : JCP G 1978 ; Cass. Soc., 10 avr. 1962 : JCP G 1962, IV, 78

¹⁰⁵⁹ A titre d'illustration, le fait, par exemple de procéder matériellement à la vente ou à la livraison, ne suffit donc pas pour prétendre à la qualité de représentant statutaire : Cass. Soc., 5 juin 1962 : Bull. civ. V, n° 539 ; Cass. Soc., 25 avr. 1984 : Bull. civ. V, n° 147

¹⁰⁶⁰ Cass. Soc., 3 juin 1998, n° 94-40. 143 ; Cass. Soc., 27 oct. 1999 : Juris-Data n° 1999- 003898 ; Cass. Soc., 9 janv. 2001 : Juris-Data n° 2001-011021

¹⁰⁶¹ Cass. Soc., 15 mars 2000 : Juris-Data n° 2000-001174 ; Cass. Soc. 19 juin 2001 : Juris-Data n° 2001-010381 ; Cass. Soc., 20 nov. 2001 : Juris-Data n° 2001-012030

¹⁰⁶² Cass. Soc., 27 févr. 1992 : RJS 4/1992, n° 541

¹⁰⁶³ Cass. Soc., 18 févr. 1976 : Bull. civ. V, n° 104 ; Cass. Soc., 26 nov. 2002 : Juris-Data n° 2002-016913

A l'inverse le contrôle de l'activité du salarié en amont ou en aval n'est pas incompatible avec le bénéfice du statut légal : Cass. Soc., 12 déc. 2000 : Juris-Data n° 2000-007426 ; Cass. Soc., 15 janv. 2002 : RJS 5/2002, n° 637. Dès lors que les conditions objectives énoncées par l'article L. 751-1 du Code du travail sont réunies, peu importe l'existence ou non d'un lien de subordination : Cass. Soc., 4 janv. 1979 : Bull. civ. V, n° 9

¹⁰⁶⁴ Voir en ce sens, Cass. Soc., 20 mai 1998 : TPS 1998, comm. 235, Juris-Data n° 1998-002104 : le VRP qui se soustrait à l'exigence de plannings prévisionnels et au contrôle de l'employeur sur son activité commet une faute grave.

profession ou en dehors de celle-ci¹⁰⁶⁵, ainsi le représentant ne peut exploiter un fonds de commerce¹⁰⁶⁶, endosser une lettre de change en son nom¹⁰⁶⁷ ou encore réaliser des opérations de courtage¹⁰⁶⁸.

Ces assimilations qui ont fait naître un véritable statut empruntant quelques dispositions au droit du travail, se distinguent des autres assimilations où l'application du droit du travail est totale et où l'élaboration du statut n'est pas aussi achevée.

B- Les assimilations plénières au droit du travail

~~488~~ Précisons à titre liminaire, que le législateur, dans le livre VII du Code du travail, est intervenu pour plusieurs professions ; il ne nous semble pas opportun de développer les catégories reprises dans le titre sept : « *Concierges et employés d'immeubles à usage d'habitation, employés de maison, assistantes maternelles* » où le lien de subordination ne semble pas contestable. Pour d'autres assimilations instaurées par le législateur, le lien de subordination est, au contraire, moins évident.

Ainsi, les travailleurs à domicile et les conjoints salariés se sont vus appliquer les dispositions du droit du travail par analogie (1) ; pour les artistes, les mannequins et les sportifs professionnels, le législateur a également montré une volonté de les raccrocher au droit du travail (2).

1) Les travailleurs à domicile et les conjoints salariés

Les particularités des travailleurs à domicile méritent d'être soulignées (a) ; il en est de même des conjoints salariés (b).

a- Les travailleurs à domicile

~~489~~ Les travailleurs à domicile, qui répondent à la définition donnée par l'article L. 721-1 du Code du travail, sont totalement assimilés aux salariés pour l'application du droit du travail, que ce soit dans les dispositions individuelles ou dans les dispositions collectives. Cependant, les conditions particulières d'exécution de l'activité justifient un

¹⁰⁶⁵ La liste des actes de commerce est fixée à l'article L. 110-1 du Code de commerce (achat pour revendre, courtage, intermédiaire pour l'achat d'immeubles, lettres de change...)

¹⁰⁶⁶ Cass. Soc., 10 mai 1979 : Bull. civ. V, n° 412

¹⁰⁶⁷ Cass. Soc., 6 juill. 1942 : Gaz. Pal. 1942, 2, p. 196

¹⁰⁶⁸ Cass. Soc., 8 nov. 1967 : Bull. civ. IV, n° 701

aménagement¹⁰⁶⁹; aussi des dispositions législatives spécifiques ont-elles été prises, sur des points tels que le salaire ou la déclaration d'embauche. Dès 1941¹⁰⁷⁰, le législateur avait défini le travailleur à domicile, en énumérant les conditions positives à remplir pour justifier de cette qualité : les bénéficiaires étaient ainsi définis par les modalités d'exécution du travail plutôt que par l'acte juridique qui les liait à leurs employeurs.¹⁰⁷¹

490. Le législateur a ainsi procédé à l'intégration, au salariat, des travailleurs à domicile, sans prendre explicitement parti sur la nature du contrat qui les lie : la qualification juridique est négligée et l'accent est mis sur les éléments factuels d'exercice de l'activité. Toute nécessité d'un lien de subordination juridique étant écartée, la définition est fondée strictement sur les conditions objectives remplies par le salarié. Pour cette raison, les travailleurs à domicile sont, en grande partie, à l'origine de la thèse de la dépendance économique, élaborée essentiellement en vue de permettre leur insertion dans le groupe de salariés : la réunion des conditions, posées par la loi, traduit un rapport de « subordination économique », qui suffit à déclencher l'application du droit du travail. La dispense de rechercher s'il existe, ou non, un lien de subordination juridique concrétise l'impossibilité de l'établir, à partir de la seule réunion des conditions légales. Le législateur va d'ailleurs plus loin dans sa prise de position, sur la nature de la convention liant les travailleurs à domicile au donneur d'ouvrage : elle n'est pas, et ne peut pas être, un contrat de travail.

491. Dans la recherche de la qualité de travailleur à domicile, les arrêts de la Cour de cassation se réfèrent, non pas à l'existence du contrat de travail, mais à l'article L. 721-1 du Code du travail, qui « *n'exige pas l'existence d'un lien de subordination* ». Si la subordination juridique existe, notamment sous forme d'obligation de moyens imposée au travailleur à domicile, elle sera relevée par les juges ; il en a été ainsi des traducteurs qui travaillent chez eux pour un donneur d'ordres, moyennant une rémunération forfaitaire aux cents mots, suivant un tableau établi par ce dernier, en recevant de lui des indications minutieuses sur la présentation de leur travail et les délais d'exécution¹⁰⁷² ou des dessinateurs à domicile, recevant des directives concernant le format, la couleur et l'esprit des dessins qui leur étaient commandés, ce qui exclut leur qualité de créateurs indépendants¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁹ Notamment en ce qui concerne les dispositions individuelles et les dispositions collectives comme les modalités du contrat de travail, la durée et la cessation qui sont déterminées par voie conventionnelle.

¹⁰⁷⁰ N. ODINET, « Le statut des travailleurs à domicile », Dr. Soc., 1942, p. 160

¹⁰⁷¹ Sur les extensions ponctuelles réalisées entre 1941 et 1957, cf G. H. CAMERLYNCK, « La nouvelle définition du travailleur à domicile », Dr. Soc., 1958, p. 334

¹⁰⁷² Cass. Soc., 22 mars 1989, Grillet c/ URSSAF, pourvoi n° 86-13334

¹⁰⁷³ Cass. Soc., 9 mars 1983 : Bull. civ. V, n° 135

A contrario, la constatation d'une subordination, même limitée, suffit à révéler l'existence d'un contrat de travail, sans avoir à recourir à l'artifice législatif de l'application du droit du travail subordonné, à des travailleurs très autonomes¹⁰⁷⁴.

Néanmoins, de nombreuses décisions¹⁰⁷⁵ ne prennent pas la peine de constater la présence ou l'absence de subordination, dès l'instant que sont réunies les deux conditions légales essentielles à la reconnaissance de la qualité de travailleur à domicile¹⁰⁷⁶ : rémunération forfaitaire, travail sur commande. Ces deux critères sont indispensables : celui de la dépendance économique (le travail pour le compte d'autrui, avec un résultat contrôlé par celui-ci) et une rémunération indépendante des résultats de l'activité du travailleur. Pour autant, la charge de la preuve de l'existence du contrat de travail incombe à celui qui s'en prévaut ; si la subordination juridique n'a pas à être démontrée pour permettre de constater l'existence d'un contrat de travail à domicile, le prétendu salarié doit, tout de même, apporter toute précision de fait permettant d'établir que sa participation aux travaux de l'entreprise caractérise le travail à domicile de l'article L. 721-1 du code du travail.

b- Les conjoints salariés

492 En principe, le travail au profit du conjoint doit être considéré comme effectué en application du devoir de collaboration à l'entretien de la famille et de l'obligation d'assistance entre époux¹⁰⁷⁷. Cependant, l'article L. 784-1 du Code du travail a créé une présomption de salariat, pour permettre à l'époux, qui exerce une véritable activité salariée, de bénéficier des avantages qui y sont normalement attachés.¹⁰⁷⁸ De même, le Code de la sécurité sociale en consacre l'existence en des termes assez proches¹⁰⁷⁹ et, selon la jurisprudence, l'article L.

¹⁰⁷⁴ Cass. Soc., 29 mars 1990 : Bull. civ. V, n° 148 : la subordination est retenue pour le conseiller littéraire d'une maison d'édition qui lui a confié la lecture d'ouvrages italiens et de manuscrits français à l'effet d'établir un compte-rendu analytique et critique.

¹⁰⁷⁵ Cass. Soc., 23 nov. 1978, Bull. Civ. V, n° 797 : la dénomination donnée à la rémunération, le caractère accessoire du travail, la durée de la convention et le caractère non annuel de la rémunération forfaitaire importent aussi peu que l'absence de lien de subordination.

Cass. Soc., 28 oct. 1980, Bull. Civ. V, n° 782 : un travailleur à domicile peut, sans perdre son statut, bénéficier d'une grande initiative dans son activité professionnelle.

¹⁰⁷⁶ Voir en ce sens, « Le travail à domicile », JSL, n° 95, 12 février 2002

« N'omettons pas aussi le travail. Il a pénétré au domicile et ce depuis longtemps. A travers lui, l'employeur entretient une relation subordonnée : les travailleurs à domicile, considérés comme ringards et les télétravailleurs, beaucoup plus tendance donc branchés. »

¹⁰⁷⁷ Aux termes de l'article 212 du Code civil

¹⁰⁷⁸ Cette présomption a été étendue au partenaire titulaire d'un pacte civil de solidarité.

En effet, en l'absence de définition du couple, le droit du travail ne semblait reconnaître que les personnes unies par les liens du mariage. C'est alors la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 qui a modifié la perspective en étendant aux titulaires d'un PACS les principaux droits accordés aux conjoints par le Code du travail.

¹⁰⁷⁹ Article L. 311-6 du Code de la Sécurité Sociale « est affilié au régime général de la sécurité sociale le conjoint d'un travailleur non salarié qui participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux, à titre professionnel et habituel et perçoit un salaire correspondant au salaire normal de sa catégorie professionnelle »

784-1 du Code du travail et l'article L. 311-6 du Code de sécurité sociale tendent aux mêmes fins¹⁰⁸⁰.

493. Le législateur subordonne, néanmoins, l'application de la présomption à trois conditions.

- Le Code du travail impose, tout d'abord, au conjoint qui emploie les services de son époux ou épouse, en qualité de salarié, de lui verser une rémunération minimale correspondant au SMIC¹⁰⁸¹.

Le Code de la Sécurité Sociale est plus précis, indiquant que le salaire correspond à la qualification professionnelle, qu'il y ait ou non une convention collective applicable dans l'entreprise¹⁰⁸².

- Le second critère, qui est celui de la participation à l'activité, est déterminant dans la qualification ; toutefois, il peut s'avérer délicat de distinguer la participation effective à l'entreprise, ou à l'activité, à titre professionnel et habituel, de la simple collaboration conjugale.¹⁰⁸³ La jurisprudence, avant la loi de 1982¹⁰⁸⁴ s'efforçait de mettre en évidence le caractère constant de l'activité du conjoint, avant de conclure à l'affiliation au régime général de sécurité sociale.¹⁰⁸⁵ Cependant, il n'est pas logique d'adhérer à ces solutions de participation habituelle du conjoint ; en effet, le conjoint peut travailler à temps partiel¹⁰⁸⁶ ou de manière intermittente¹⁰⁸⁷. La jurisprudence n'a pas pris position sur ce point.

- Le troisième critère, le lien de subordination, doit être manifestement significatif : il appartient au conjoint de prouver qu'il est soumis à l'autorité et aux directives de son conjoint et que ce dernier donne des ordres, relatifs à l'exécution de son travail, en contrôlant et surveillant son accomplissement. Il revient au juge, et à lui seul, d'apprécier, en cas de litige, l'existence de cette subordination^{1088 1089}.

¹⁰⁸⁰ Cass. Soc., 14 mai 1998 : RJS 1998, n° 903

¹⁰⁸¹ Voir E. WAGNER, "La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint", D. 1985, chron. P. 1, n° 15

¹⁰⁸² Cass. Soc., 19 nov. 1970 : Bull. civ. V, n° 638

¹⁰⁸³ Cf A. COLOMER, « Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale » : Defrénois 1982, art. 32954, n° 38

¹⁰⁸⁴ Loi n° 82-596 du 10 juillet 1982

¹⁰⁸⁵ Cass. 2^e civ., 30 juin 1960 : Bull. civ. II, n° 428 ; Cass. Soc., 2 déc. 1971 : Bull. civ. V, n° 712

¹⁰⁸⁶ En vertu de l'article L. 212-4-2 du Code du travail

¹⁰⁸⁷ En vertu de l'article L. 212-4-12 du Code du travail

¹⁰⁸⁸ Cass. Ass. Plén., 4 mars 1983 : D. 1983, jurispr. p. 81 ; Cass. Soc., 23 janv. 1997 : RJS 1997, n° 245

¹⁰⁸⁹ Cass. Soc., 13 nov. 1996 : JCP E 1997, II, 911 ; RJS 1996, n° 1320

Il faut entendre par subordination juridique le fait pour une personne de se soumettre à « l'exécution d'un travail sous l'autorité de l'employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, de contrôler leur exécution et de sanctionner des manquements de ses subordonnés ».

494. La jurisprudence marque de fortes réticences à l'égard de l'épouse, prétendument salariée de la société dirigée par son mari¹⁰⁹⁰, même si cette subordination peut s'accompagner d'une certaine indépendance technique¹⁰⁹¹. La présomption posée par l'article L. 784-1 du Code du travail n'est pas irréfragable¹⁰⁹² ; c'est à celui qui se prévaut de l'absence du lien de subordination, ou qui avance le caractère fictif du contrat, de supporter la charge de la preuve¹⁰⁹³.

495. La présomption a été étendue au pacte civil de solidarité par la loi de 1999¹⁰⁹⁴ qui indique que les dispositions du Code du travail sont applicables au partenaire, lié par un pacte civil de solidarité au chef d'entreprise, salarié par lui, sous l'autorité duquel il exerce son activité. Est, en revanche, exclu du bénéfice de la présomption légale le concubin ; il lui appartient de démontrer l'existence du contrat de travail qui le lie à son compagnon. Par ailleurs, le conjoint est considéré comme associé, lorsque l'entreprise est exploitée sous la forme d'une société et qu'il y apporte soit des biens communs, soit son industrie : le conjoint associé, qui participe à l'activité de l'entreprise artisanale ou commerciale, doit être affilié personnellement au régime de sécurité sociale des travailleurs non salariés. Exceptionnellement, un conjoint associé peut être affilié au régime général des salariés, s'il justifie d'un lien de subordination¹⁰⁹⁵.

D'autres assimilations spécifiques, dans un secteur similaire, ont été consacrées par le législateur ; il s'agit des artistes du spectacle, des mannequins et des sportifs professionnels.

2) Les artistes, les mannequins et les sportifs professionnels¹⁰⁹⁶

Nous pouvons recenser dans un même groupe, les artistes et les mannequins (a) et plus récemment, les sportifs professionnels (b).

¹⁰⁹⁰ Cass. Soc., 5 juill. 1995 : Juris-Data n° 002325 ; Cass. Soc., 12 juill. 1999 : Juris-Data n° 003193

¹⁰⁹¹ CA Dijon, 9 avr. 1996 : Juris-Data n° 041404

¹⁰⁹² Cass. Soc., 14 mai 1998 : Juris-Data n° 021206 : la preuve contraire peut être apportée, notamment par les Assedic ou la caisse de sécurité sociale

¹⁰⁹³ Cass. Soc., 30 nov. 1993 : Bull. civ. V, n° 294 ; Cass. Soc., 18 juin 1996 : Bull. Civ. V, n° 245

¹⁰⁹⁴ Article 8 de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, JO 16 nov. 1999

¹⁰⁹⁵ Il existe, aussi, une possibilité pour le conjoint d'être collaborateur du chef d'entreprise, que ce soit dans une entreprise commerciale, artisanale, et, depuis la loi n° 2005-882 du 2 août 2005, libérale.

¹⁰⁹⁶ Ut Supra, 1ère partie, la rémunération du droit à l'image des artistes, des mannequins et des sportifs professionnels

a- Les artistes et les mannequins

Les deux professions sont très voisines, à la nuance près, que l'artiste interprète et que le mannequin présente ; c'est pourquoi la présomption est très proche dans la formulation des deux textes légaux consacrés à ces catégories d'artistes.

- Les artistes du spectacle

496. L'article L. 762-1 du Code du travail a instauré une présomption de salariat pour les artistes du spectacle, excluant du bénéfice de la présomption, l'artiste qui accomplit sa prestation dans des conditions « impliquant son inscription au registre du commerce ». La présomption de salariat subsiste quels que soient le mode, le montant de la rémunération et la qualification donnée au contrat par les parties et quand bien même l'artiste conserve la liberté d'expression de son art, est propriétaire de tout ou partie du matériel utilisé, emploie lui-même une ou plusieurs personnes pour le seconder, dès lors qu'il participe personnellement au spectacle¹⁰⁹⁷. Il importe peu, en outre, que l'artiste soit personnellement signataire du contrat d'engagement, car, même si, en principe, le contrat doit être individuel, « *il peut être commun à plusieurs artistes lorsqu'il concerne des artistes se produisant dans un même numéro ou des musiciens appartenant au même orchestre.* »¹⁰⁹⁸

De fait, la présomption est large et il est difficile pour un entrepreneur de spectacle de la détruire, excepté pour les artistes de grande notoriété. Ils peuvent, en effet, se voir reconnaître, dans leurs contrats d'engagement, des prérogatives telles, dans l'organisation et la mise au point du spectacle, que les juges les considèrent comme agissant en qualité de co-entrepreneurs de spectacle ou associés¹⁰⁹⁹. Pour les metteurs en scène, la situation juridique est plus complexe puisque la loi les considère comme salariés pour une partie de leur activité, tandis qu'ils conservent, pour la conception artistique, les droits de propriété artistique. Cette double qualité de salarié de la production et d'auteur, et l'importance des responsabilités dans l'exécution de la mission donnent, au contrat d'engagement, une nature hybride que les juges peuvent avoir quelque difficulté à qualifier. Ils procèdent, alors, à un examen minutieux des rapports entre la société de production, et le metteur en scène, pour rechercher l'existence ou non d'un lien de subordination.

- Les mannequins

497. En vertu de l'article L. 763-1 du Code du travail, tout contrat, par lequel une personne physique ou morale s'assure, moyennant rémunération, le concours d'un mannequin

¹⁰⁹⁷ Cass. Soc., 19 mai 1998, n° 96-41. 1138, Bull. civ. V, n° 270, p. 206

¹⁰⁹⁸ Article L. 762-1, al. 4 du Code du travail

¹⁰⁹⁹ Cass. crim., 26 janvier 1967, n° 65-92. 991, Bull. crim., n° 42, p. 101

est présumé être un contrat de travail. Cette présomption subsiste quels que soient le mode ou le montant de la rémunération ainsi que la qualification donnée au contrat par les parties. Elle n'est pas, non plus, détruite par la preuve que le mannequin conserve une entière liberté dans l'exécution de son travail de présentation. Les agences de mannequins ont, ainsi, la qualité d'employeur vis-à-vis des mannequins qu'elles recrutent. A ce titre, elles ont des obligations particulières prévues par la loi du 12 juillet 1990¹¹⁰⁰, qui s'ajoutent aux obligations de droit commun s'imposant à tout employeur. L'agence de mannequins est responsable de l'application des dispositions légales et des conditions dans lesquelles se déroule la sélection des mannequins.

Ce dispositif, qui date de 1990, a chronologiquement suivi celui consacré aux artistes, mais il a précédé celui des sportifs professionnels, dont le statut vient d'être consacré par la convention collective nationale du Sport, signée le 13 juillet 2005.

b- Les sportifs professionnels

~~498~~ Conformément au droit commun, la reconnaissance de la qualité de salarié passe par la nécessaire existence d'un contrat de travail ; sur cette base, l'on pourrait considérer que le sportif salarié est celui qui vend, à son club ou à une entité économique considérée, sa force de travail, c'est-à-dire ses performances, son savoir-faire sportif, mais, la plupart du temps, il n'est pas évident de caractériser le lien de subordination. Aussi, le statut du sportif professionnel¹¹⁰¹ se rapproche-t-il de la catégorie précédente, par le fait qu'il est rattaché au droit du travail en raison de l'assimilation des manifestations sportives à un spectacle ; c'est par ce canal que l'extension du champ du droit du travail, au secteur du sport professionnel, s'est réalisée¹¹⁰².

~~499~~ Aujourd'hui, la référence au droit du travail est manifeste, puisque l'article D. 121-2 du Code du travail¹¹⁰³, énumérant les activités au sein desquelles le recours au contrat à durée déterminée d'usage est possible¹¹⁰⁴, cite le sport professionnel. Une fois encore, la soumission des rapports du sportif professionnel et de son club au droit du travail s'explique, sociologiquement, par la tendance expansionniste du salariat et par l'exclusion corrélative du

¹¹⁰⁰ Loi n° 90-603 du 12 juillet 1990

¹¹⁰¹ Ut supra, partie sur la rémunération

¹¹⁰² En marge du droit du travail, se sont développés de multiples règlements fédéraux dérogatoires.

¹¹⁰³ « En application de l'article L. 122-1-1, les secteurs d'activité dans lesquels des contrats à durée déterminée peuvent être conclus pour les emplois pour lesquels il est d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison de la nature de l'activité exercée et du caractère par nature temporaire de ces emplois sont les suivants : les exploitations forestières ; la réparation navale ; le déménagement ; l'hôtellerie et la restauration ; les spectacles, l'action culturelle ; l'audiovisuel ; l'information... ; le sport professionnel »

¹¹⁰⁴ Voir en ce sens, J. MOULY, « Sur le recours au contrat de travail à durée déterminée dans le sport professionnel. Le droit commun du travail a-t-il encore un avenir dans le domaine du sport ? », Dr. Soc., 2000, p. 507

contrat d'entreprise¹¹⁰⁵ ; cependant la qualification de contrat de travail dans la relation entre le club et le sportif recouvre des comportements atypiques, en référence à une relation classique salarié/employeur.¹¹⁰⁶

500. Tout d'abord, le montant des sommes perçues par le sportif et leur caractère très aléatoire peut être un facteur permettant d'exclure toute idée de salariat. En effet, le versement d'une rémunération inférieure au SMIC pourrait être considéré comme un abandon des principes du droit du travail. A contrario, un joueur de tennis professionnel percevant subitement, après avoir remporté un tournoi du Grand Chelem par exemple, des sommes d'un montant supérieur à mille fois le salaire d'un ouvrier spécialisé, dispose d'un statut peu compatible avec celui du salarié ; cependant, la rémunération n'étant pas le critère unique et déterminant, pour reconnaître l'existence d'un contrat de travail, il convient d'examiner les conditions d'exercice de l'activité¹¹⁰⁷.

Ensuite, l'image du sport avec son aspect ludique, peut sembler incompatible avec la notion de travailleur salarié. Une telle argumentation se révèle aujourd'hui largement dépassée, car les conditions d'entraînement du sportif, les contraintes imposées par les compétitions, largement médiatisées, renforcent et crédibilisent la notion de professionnalisme.

Quoiqu'il en soit, les originalités de la pratique sportive n'ont pas empêché la reconnaissance d'un lien de salariat par la jurisprudence puis par la loi, estimant que cette activité ne saurait rester étrangère au droit du travail.

501. Si le Code du travail ne donne aucune définition légale du lien de salariat, le Code de la sécurité sociale en délivre, à l'article L. 311-2 une définition large¹¹⁰⁸, et il institue une présomption de salariat pour les sportifs assimilés aux artistes de spectacle, dans l'article L. 311-3-15, qui indique « *tout contrat par lequel une personne physique ou morale s'assure moyennant rémunération le concours d'un artiste du spectacle en vue de sa production est*

¹¹⁰⁵ Cf Cass. Soc., 14 juin 1979 : D. 1980, p. 96, note J. P. KARAQUILLO
J.P. KARAQUILLO, « Activité sportive et salariat » Dr. Soc., 1979, p. 22

¹¹⁰⁶ En ce sens, M. MORAND, « Rugby et droit du travail », TPS, févr. 2000, p. 5

« *La tentative de définition de la situation juridique du joueur de rugby professionnel met en évidence l'inadaptation du droit du travail à la relation contractuelle en cause* ».

¹¹⁰⁷ En ce sens, J.P. KARAQUILLO, « Le contrat de travail du sportif ou de l'éducateur sportif rémunéré », D. 2000, n° 20, partie chroniquée.

Pour lui, le constat du caractère variable de la rémunération ne suffit pas à remettre en cause le lien de salariat du sportif ; cet élément n'a pas à lui seul valeur probatoire.

¹¹⁰⁸ Article L. 311-2 du Code de la Sécurité Sociale : « *Sont affiliées obligatoirement aux assurances sociales du régime général, quelque soit leur âge et même si elles sont titulaires d'une pension toutes les personnes quelque soit leur nationalité de l'un ou de l'autre sexe, salariées ou travaillant à quelque titre ou en quelque lieu que ce soit, pour un ou plusieurs employeurs et quelques soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat.* »

présupposé être un contrat de travail. » Ce texte, à rapprocher de l'article L. 762-1 du Code du travail, inclut dans son champ d'application diverses manifestations sportives, telles que combats de catch, de lutte, de boxe, ou courses cyclistes professionnelles. Cependant, l'article L. 311-3-15 ne visant qu'une catégorie limitée d'athlètes, la jurisprudence a dû intervenir, afin de préciser les conditions d'existence du contrat de travail dans d'autres disciplines.

502. Si l'essentiel du contentieux concerne des joueurs de football¹¹⁰⁹, toutes les disciplines sont susceptibles d'être confrontées au salariat : le basket-ball, le hockey sur glace¹¹¹⁰, le volley-ball¹¹¹¹, le cyclisme¹¹¹² ou encore le rugby¹¹¹³, en vertu de différents critères. La reconnaissance d'un lien de salariat entre un sportif et son club constitue une avancée majeure dans l'amélioration de sa protection, mais il n'en demeure pas moins que cette relation de travail présente diverses spécificités.

La principale particularité de la relation de travail réside dans l'obligation, faite au sportif désireux de pratiquer son activité, d'être affilié à un organe fédéral ou à une association sportive employeur. Dès lors, il paraît légitime qu'une fédération refuse un athlète qui ne remplit pas les prescriptions requises pour l'exercice de l'activité sportive. Cette adhésion du sportif professionnel à une association employeur démontre que le lien salarial est original, et ce d'autant plus que ces associations employeurs disposent alors d'un double pouvoir disciplinaire.

Une autre spécificité ressort de l'existence de règlements sportifs qui peuvent donner lieu à des sanctions n'émanant pas de l'employeur. Que dire, enfin, des amendes ou autres sanctions pécuniaires que les clubs professionnels utilisent de manière courante, alors que l'article L. 122-42 du Code du travail les interdit expressément.

Par ailleurs, les syndicats sportifs jouent un rôle fondamental dans l'élaboration de mesures protectrices applicables aux sportifs professionnels et le développement de cette activité syndicale trouve sa justification dans la montée du professionnalisme et de la finance.¹¹¹⁴ Bien que calqués sur les syndicats professionnels traditionnels, les syndicats

¹¹⁰⁹ Cass. Soc., 14 juin 1979, n° 77-41. 305 ; Cass. Soc., 30 mars 1993, n° 91-40. 898 ; Cass. Soc., 25 févr. 1998, n° 95-45. 286

¹¹¹⁰ Cass. Soc., 23 janv. 1997, n° 94-40. 099

¹¹¹¹ CA Lyon, 2 févr. 1996, cité in Code du sport, Dalloz, 2^{ème} édition, 2001 ; Cass. Soc., 9 avr. 2002, n° 00-42. 012, D. 2002, p. 2706, obs. J.P. KARAQUILLO

¹¹¹² CA Douai, 27 juin 1997, Dr. Ouvrier 1997, p. 447, note S. DUCROCQ

¹¹¹³ Cass. Soc., 11 févr. 1998, n° 95-42. 530, JSL 1998, n° 12, p. 24

En ce sens, M. MORAND, « Rugby et droit du travail », TPS, 2000, chr. n° 4

¹¹¹⁴ Parmi les principaux syndicats recensés dans le milieu sportif, l'on trouve : l'Union Nationale des Footballeurs Professionnels (UNFP) créé en 1961, l'Union Nationale des Cyclistes Professionnels (UNCP), créé en 1963, le syndicat national de basketteurs de haut niveau, créé en 1988, le syndicat national des joueurs de rugby.

sportifs ne s'intègrent dans aucun des courants représentatifs nationaux car ils se tiennent volontairement à l'écart de toute considération politique afin de ne jamais perdre de vue leurs objectifs spécifiques. Leur efficacité tient souvent à leur présence au sein des instances fédérales et à leur participation aux commissions chargées d'élaborer la réglementation sportive.

503. La Convention collective du Sport peut constituer un outil juridique non négligeable pour concilier droit du travail et sport, car elle permet de normaliser les relations collectives de travail dans le sport, et par la même d'accompagner le professionnalisme du sport. Certes, le sport se voyait déjà appliquer un certain nombre de conventions collectives¹¹¹⁵ mais elles restaient limitées à une discipline en particulier, sans avoir autant de perspectives que la Convention Collective Nationale du Sport. C'est ainsi, qu'après sept ans de négociations paritaires, la Convention Collective Nationale du Sport a été paraphée par six organisations signataires¹¹¹⁶, à la date du 13 juillet 2005. La convention est applicable aux entreprises dont l'activité principale entre dans le champ défini par les partenaires sociaux, peu importe l'activité exercée par le salarié.^{1117 1118}

Cette convention permet, à juste titre, d'harmoniser les garanties de tous les salariés du secteur, dans des domaines comme la récupération du temps de travail du week-end ou les congés payés. Elle sert de référence pour la négociation du contrat de travail et les sportifs peuvent se voir ouvrir de véritables perspectives de carrières et une meilleure définition de leurs obligations.

Force est de constater la complexité de la situation juridique du sportif professionnel et les discordances, entre règles juridiques étatiques et règles sportives, n'y sont pas étrangères. Sur ce plan, la nouvelle Convention Collective Nationale du Sport va permettre, à terme, de normaliser les relations collectives de travail dans le sport.

¹¹¹⁵ Convention collective des centres équestres étendue par un accord du 11 juillet 1975 ; convention collective du golf étendue depuis le 2 avril 1999 ; convention collective du rugby du 31 mars 2005

¹¹¹⁶ Les six organisations signataires sont les suivantes : FO CFDT, CFDC, FNASS, CNES CGC, CNEA et le COSMOS.

¹¹¹⁷ Le juge détermine l'activité principale en fonction du chiffre d'affaire, lorsque l'organisme relève du domaine de l'industrie ; en revanche, il fait référence au nombre d'emplois dans le domaine du commerce. Ainsi, force est de constater que de tels critères ne sont pas véritablement adaptés au domaine du sport qui émane d'un secteur non marchand et qui recourt fréquemment au bénévolat.

¹¹¹⁸ Les secteurs d'activités régis par la convention collective sont les suivants : l'organisation, la gestion et l'encadrement d'activités sportives : sont ainsi visées les associations sportives (clubs et fédérations) ; la gestion d'installation et d'équipements sportifs : peuvent être concernées les structures qui proposent à titre principal la location de courts de tennis ; l'enseignement, la formation professionnelle aux métiers du sport ; la promotion et l'organisation de manifestations sportives. Sont exclus de ce champ les entreprises qui relèvent déjà de la convention collective des centres équestres.

504. Dans cette optique, il faut aussi évoquer les lois « LAMOUR »¹¹¹⁹ portant réforme du sport professionnel. La loi de 2004 consacre trois articles¹¹²⁰ aux relations de travail qui s'établissent entre les sociétés sportives et les joueurs qu'elles emploient¹¹²¹. Si l'on est encore loin d'un véritable statut du sportif professionnel, pour la première fois, le législateur met en place des règles, en créant un chapitre V, dans le titre VIII du livre VII du Code du travail, pour une nouvelle catégorie particulière de travailleurs : les sportifs professionnels.

Ces règles légales restent fragmentaires (salaire, prêt de main d'œuvre et financement de la formation professionnelle)¹¹²² mais elles démontrent une volonté affirmée du législateur de raccrocher le sportif professionnel au Droit du travail, alors que le lien de subordination apparaît ténu et atypique.

*

* *

505. La démarche semble donc être la même pour tous les salariés par détermination de la loi : l'application des dispositions du Code du travail résulte de la combinaison de conditions particulières¹¹²³, conçues en fonction de l'activité, que le législateur souhaite intégrer dans le domaine du contrat de travail ; ce dernier devient quasiment un contrat sui generis, distinct de l'analyse jurisprudentielle classique. Force est de constater que la majorité des présomptions touche des cadres, ce qui traduit l'expansionnisme du droit du travail et n'encourage pas notre démarche qui se veut créatrice d'un autre régime pour les cadres quasi-indépendants. De fait, les interventions législatives font évoluer la notion de contrat de travail ; la référence universelle n'a plus lieu d'être et, dès lors, le tracé des frontières entre les activités dépendantes et indépendantes ne passe plus, uniquement par le recours au concept de la subordination juridique.

Notons, pour conclure, que la technique de la présomption est liée au Droit de la sécurité sociale. Dès lors, il est évident que le législateur, multipliant les présomptions de salariat, au fil des années, s'est engagé dans un mouvement fort d'élargissement du champ d'application du Droit du travail, qui n'est sans doute pas étranger à une certaine désaffectation de nos compatriotes pour l'esprit d'entreprise.

¹¹¹⁹ Loi n° 2003-708 du 1^{er} août 2003 et Loi n° 2004-1366 du 15 décembre 2004

¹¹²⁰ Article L. 785-1, L. 785-2 et L. 785-3 du code du travail

¹¹²¹ Ut Supra, la rémunération du droit à l'image

¹¹²² Voir en ce sens, M. CARIUS, « La réforme du sport professionnel. Loi du 15 décembre 2004 », JCP, G, 6 juillet 2005

¹¹²³ Appelés encore « critères ad hoc », T. REVET, « La force de travail », Thèse Montpellier, 1992

Il est, sur ce point, significatif de constater que deux dispositifs légaux récents, visant à développer et dynamiser l'initiative individuelle, et à endiguer l'expansionnisme du Droit du travail, se sont heurtés à de fortes résistances.

II- Les avatars de la présomption créée par la loi MADELIN

506. Codifiée sous l'article 120-3 du Code du travail, la loi du 11 février 1994¹¹²⁴, dite Loi MADELIN, a pris le contre-pied de l'évolution antérieure, qui avait fait du statut salarié le principe, en créant une présomption de statut non-salarié lorsque le travailleur est administrativement répertorié dans cette catégorie. Cette présomption de travailleur indépendant a été abrogée en janvier 2000, sur l'insistance de Maxime GREMETZ, député communiste, lors du vote de la loi AUBRY II.

Elle a été réintroduite dans la loi du 1^{er} août 2003¹¹²⁵ pour l'initiative économique, et elle a été étendue aux dirigeants de société et à leurs salariés, dans leur relation avec les donneurs d'ouvrages. Quoiqu'il en soit, il ne s'agit que d'une présomption simple, qui peut être écartée dès lors que les circonstances de l'espèce font apparaître un lien de subordination permanent ; la portée pratique de la présomption légale de non salariat rétablie par l'article 23 de la loi sur l'initiative économique, promet donc d'être restreinte (A) si l'on se réfère aux résistances antérieures rencontrées pour l'application de la loi MADELIN (B).

A- La portée de la loi du 11 février 1994

Fortement influencée par le rapport BARTHELEMY¹¹²⁶ sur l'entreprise individuelle, la loi MADELIN du 11 février 1994 consacrée à l'initiative et à l'entreprise individuelle visait à faciliter et à promouvoir le travail indépendant en canalisant l'expansionnisme juridique du contrat de travail, mais très vite, elle s'est heurtée à la réticence des magistrats.

1) L'espoir d'un essor du travail indépendant

507. Cette loi a voulu rendre plus attrayant le statut de travailleur indépendant, en gommant, notamment, certains inconvénients du statut des non-salariés, et la protection

¹¹²⁴ Loi n° 94-126 du 11 février 1994

¹¹²⁵ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003

sociale s'est ainsi rapprochée de celle de salarié¹¹²⁷. En outre, le texte tend à conférer une plus grande sécurité juridique aux rapports commerciaux entre un donneur d'ordres et celui qui réalise l'ouvrage, en limitant la requalification juridique de la situation en contrat de travail. Pour ce fait, la loi a fait apparaître, sous diverses conditions¹¹²⁸, une présomption de travailleur indépendant. La présomption de travailleur indépendant vise seulement les personnes physiques, dès lors qu'elles ont procédé à certaines formalités administratives pour l'exercice de leur activité : immatriculation au RCS (commerçants, entrepreneurs individuels), au Répertoire des métiers (artisans), au Registre spécial des agents commerciaux, ou auprès des URSSAF pour le recouvrement des cotisations familiales (activités civiles)

En pratique, cette présomption trouvera à s'appliquer à toute personne qui aura requis son inscription au Répertoire National des Entreprises et se sera vue attribuer un numéro SIREN.

508. Le volet « Droit du travail » de la loi MADELIN est complété par un volet « droit de la protection sociale ».¹¹²⁹ Le texte pose une présomption de non assujettissement au régime social des travailleurs salariés en tout point comparable à la présomption de non-salariat figurant à l'article L. 120-3 du Code du travail. Il institue, parallèlement, une procédure d'interrogation de l'URSSAF dans le but de clarifier les situations susceptibles de faire difficulté, mais aussi afin « *de donner, délibérément, plus de sécurité à l'entrepreneur individuel dans ses rapports avec d'autres contractants et d'écarter les risques de requalification juridique* »¹¹³⁰.

509. Le dispositif mis en place par le législateur, en 1994, apparaît novateur, si l'on se réfère à la jurisprudence traditionnelle de la chambre Sociale de la Cour de cassation, selon laquelle la volonté des parties est insuffisante pour la détermination de la nature des relations

¹¹²⁶ Rapport de J. BARTHELEMY sur l'entreprise individuelle, adopté par le Conseil économique et social le 28 avril 1993

¹¹²⁷ Ut infra

¹¹²⁸ Article L. 120-3 du Code du travail (jusqu'en 2000) : Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés, au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des URSSAF, pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation.

¹¹²⁹ Voir article L. 311-11 du Code de la Sécurité sociale qui dispose « *les personnes physiques visées au premier alinéa de l'article L. 120-3 du Code du travail ne relèvent du régime général de la Sécurité sociale que s'il est établi que leur activité les place dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard d'un donneur d'ordre. Elles peuvent demander aux organismes chargés du recouvrement des cotisations du régime général de leur indiquer si cette activité relève de ce régime. A défaut de réponse dans le délai de deux mois suivant la date de cette demande ou en cas de réponse négative, les personnes en cause ne peuvent se voir imposer ultérieurement une affiliation que si les conditions d'exercice de leur activité ont été substantiellement modifiées ou si les informations qu'elles ont fournies étaient erronées.* »

¹¹³⁰ J. P. CHAUCHARD, « Le rescrit social, procédure d'interrogation de l'URSSAF », Dr. Soc. 1995, p. 642

juridiques les unissant : en application du principe de réalité, la qualification juridique d'une situation donnée dépend des conditions d'exercice de l'activité.¹¹³¹

La présomption de travailleur indépendant s'applique auxdites personnes « *pour l'exécution de l'activité ayant donné lieu à l'immatriculation* ». Par conséquent, si la personne est pluriactive¹¹³², la présomption de travailleur indépendant ne vaut que pour l'activité au titre de laquelle l'immatriculation a été réalisée.

510. Consciente des abus éventuels qu'elle peut susciter, la loi MADELIN ne pose qu'une présomption simple ; il reste possible de renverser cette présomption, en démontrant que le travailleur exerce son activité dans des conditions qui ne sont pas celles d'un travail indépendant...mais, au contraire, celle d'un salarié. Dès lors, il est possible de renverser la présomption, en faisant la preuve d'une subordination juridique permanente. Cette dernière qualification, de permanente, utilisée par le texte, crée l'incertitude quant à son champ d'application : concerne-t-elle la subordination juridique ou la relation de travail¹¹³³ ? Qu'en est-il, dès lors, du sort des travailleurs à temps partiel ou précaires¹¹³⁴ ?

Sous peine de priver injustement les travailleurs précaires de la protection du droit du travail, la permanence doit s'apprécier manifestement au regard du lien de subordination.

« *La permanence devrait être reconnue aussi bien en cas de discontinuité du contrat (petits travaux occasionnels) que d'absence de discontinuité (CDI, temps partiel) ou de contrats précaires* ¹¹³⁵ » ; « *La reconnaissance de la subordination juridique n'est pas liée à une quelconque durée ou ancienneté des relations de travail. On peut être salarié même si l'on travaille de façon épisodique pour une entreprise.* ¹¹³⁶ » Cette interprétation a été confirmée par la voix ministérielle¹¹³⁷ : un lien contractuel continu n'est donc pas exigé pour annihiler la présomption.

511. Promue et défendue avec ténacité par A. MADELIN, ministre des Entreprises et du développement économique, chargé des petites et moyennes entreprises, du commerce et de

¹¹³¹ En pratique, il est des secteurs où la fausse sous-traitance est souvent de mise et dans le cadre desquels certains donneurs d'ordre n'hésiteront pas à inciter les travailleurs à l'immatriculation.

¹¹³² Ut infra

¹¹³³ Pour certains, il apparaît que la présomption de travailleur indépendant ne pourrait être combattue que si le lien de subordination est permanent ; dès lors tout travail occasionnel, non régulier, ne pourrait donner lieu à requalification. Il faut donc prouver l'existence d'une relation de travail permanente.

En revanche, si on exige la permanence de la subordination, on pourra qualifier de relation salariée la relation de travail occasionnelle. Ce qui importe, c'est davantage l'intensité de la subordination que la durée du lien.

¹¹³⁴ Voir en ce sens, G. LYON-CAEN, « Où mènent les mauvais chemins ? », Droit social 1995, p. 647

« *Le mot permanent n'est pas un des plus clairs de la langue française. De beaux litiges en perspective.* »

¹¹³⁵ Juris-Classeur, travail

¹¹³⁶ M. LANCOURNET, intervention au colloque : « L'économie de la loi du 11 février 1994 », Paris, 31 mai 1994

¹¹³⁷ Cf la circulaire du 4 mai 1995

l'artisanat, cette loi marque, dans une perspective libérale, la volonté de favoriser le travail indépendant¹¹³⁸ en instaurant des mesures incitatives, autour de trois types de dispositions : le renforcement de l'entreprise individuelle¹¹³⁹, les simplifications administratives et l'amélioration du dispositif fiscal applicable au non-salarié¹¹⁴⁰ visant à favoriser une épargne de proximité.

C'est incontestablement ce troisième volet qui a marqué l'empreinte de la loi MADELIN, car, pour la première partie du dispositif, le résultat de la loi n'est pas clairement atteint¹¹⁴¹, et la responsabilité en incombe à la jurisprudence.

2) La résistance de la jurisprudence

512. La jurisprudence s'est toujours attachée à rechercher in concreto l'existence éventuelle d'un contrat de travail, en présence d'un travail dépendant comportant un lien de subordination ; dès lors, certains auteurs estimaient que la jurisprudence antérieure serait maintenue¹¹⁴², malgré la nouvelle présomption légale. Les arrêts postérieurs à la loi leur ont donné raison, confirmant que la Cour de cassation n'a pas pris en compte l'intervention de la loi. MADELIN. Ainsi, au début de l'année 1995, dans une espèce relative à une tapissière, travaillant à son domicile, immatriculée au Répertoire des métiers¹¹⁴³, la Cour de cassation a néanmoins retenu la qualité de travailleuse à domicile, en vertu de l'article L. 721-1 du Code du travail. Le même jour¹¹⁴⁴, la juridiction suprême, s'est également prononcée pour la requalification, en salariés, de chauffeurs routiers prétendus artisans, sur le fondement d'un procès-verbal pour travail clandestin avec dissimulation de salariat. Bien que l'arrêt ne l'indique pas expressément, les termes désignant ces chauffeurs « artisans ou entrepreneurs » laissent penser que ces chauffeurs étaient immatriculés au Registre du commerce et des sociétés ou au Répertoire des métiers. Ainsi, que le constate un auteur¹¹⁴⁵, « *la liste des jurisprudences illustrant la notion de requalification de la relation de travail, continue donc*

¹¹³⁸ Voir en ce sens, M. LAROQUE, « Présentation introductive de la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle », Droit Social, Juillet- Août 1995, p. 631

« *Face au chômage, il s'agit de savoir qui crée l'emploi, l'emploi crée la croissance. Il s'agit de multiplier les entrepreneurs... Il convient de reconnaître leur place et de leur faciliter leur tâche.* »

¹¹³⁹ En ce sens, cf le rapport précité par J. BARTHELEMY

¹¹⁴⁰ Ut infra

¹¹⁴¹ Voir M. VERICEL, « Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification de salarié », Act. Legis, D. 1995, 54

¹¹⁴² Notamment J. MOULY, sommaire commenté de Cass. Soc., 24 mars 1993, Recueil Dalloz Sirey, 1995, 8^{ème} cahier, p. 68

¹¹⁴³ Cass. Soc., 5 janvier 1995, PBBS La manufacture c/ Constantini, RJS février 1995, p. 127

¹¹⁴⁴ Cass. Crim., 5 janvier 1995, n° D. 93-84. 923, Villar, RJS mars 1995, p. 217

de s'allonger selon des raisonnements inchangés par la loi Madelin, rétablissant la véritable nature de contrat de travail malgré une appellation fallacieuse de contrat de sous-traitance, ou de contrat d'entreprise, ou encore de contrat de mandat, et sans incidence de l'accomplissement d'une simple démarche formelle d'immatriculation, à laquelle ce ministre voulait donner valeur irréfutable de non-salariat. »

513. Dès lors, l'apport de la loi se limite à l'introduction dans le droit d'une présomption négative, d'absence de contrat de travail, et, a contrario, une présomption positive de travailleur indépendant visant à valoriser l'initiative individuelle et à conférer un statut à l'entreprise individuelle¹¹⁴⁶. A défaut d'être irréfutable, cette reconnaissance légale tendrait à offrir un minimum de sécurité juridique à des co-contractants, en évitant une requalification trop systématique en contrat de travail.

514. Ainsi, en se référant aux débats parlementaires et au contenu même de la loi, les auteurs¹¹⁴⁷ font à juste titre remarquer que ce texte évacue « *toute référence à la participation à un service organisé* », ce critère créant une sorte de dérive de nature à multiplier les cas d'assujettissement au régime général de la Sécurité Sociale.¹¹⁴⁸ Le critère du service organisé ne va pas, pour autant, disparaître de la jurisprudence mais un recadrage de la notion de subordination juridique sera réalisé par les juges pour qualifier les situations de travail salarié¹¹⁴⁹. La loi MADELIN a donc incité les juges à ne plus se contenter de la simple participation à la structure d'autrui pour en déduire l'existence d'un contrat de travail. Le texte marque « *une révolution culturelle* »¹¹⁵⁰ ; il introduit un point de rupture dans l'évolution du droit du travail et invite à s'interroger sur « l'avènement hypothétique d'un droit du travail non-salarié »¹¹⁵¹, voire un droit de l'activité.¹¹⁵²

515. Quoiqu'il en soit, l'innovation apportée par la loi de 1994 a donné naissance à un clivage entre, d'un côté, ceux qui veulent faire prévaloir l'intention du législateur, pensant que, sur le fond, les solutions vont évoluer, les juges devant désormais se montrer plus

¹¹⁴⁵ F. DOROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », Dr. Soc., juillet-août 1995, p. 638

¹¹⁴⁶ Voir en ce sens, J. BARTHELEMY, « Contrat de travail et d'entreprise : nouvelles frontières », JCP, E, 1994, 361, p. 257

¹¹⁴⁷ J. BARTHELEMY, op. cité

F. DOROY, op. cité

G. LYON-CAEN, « Où mènent les mauvais chemins », Dr. Soc., juillet-août 1995, p. 647

¹¹⁴⁸ Voir en ce sens J.J. DUPEYROUX, Droit de la sécurité sociale, Dalloz

« Travail et activité sociale », Dr. Soc., janvier 1995, p. 24

« Cette tendance à l'élargissement du champ du statut de salarié est accentué en droit de la sécurité sociale par la définition de l'assujetti au régime général. »

¹¹⁴⁹ Ut infra, section 2

¹¹⁵⁰ Cf J. BARTHELEMY, op. cité

¹¹⁵¹ G. LYON-CAEN, op. cité

¹¹⁵² Ut infra

exigeants quant à la démonstration d'une véritable relation de subordination juridique permanente ; de l'autre côté, ceux qui pensent que la formulation de la loi n'oblige pas à remettre en cause les grandes lignes d'une jurisprudence qui n'a jamais cessé de raisonner en termes de relation de subordination pour traduire la réalité des situations.

Ce clivage n'est pas exempt de connotations politiques et il traduit la faveur des uns et l'hostilité des autres envers une réforme qui a suscité au fil des années de fortes controverses.

B- L'influence des changements politiques

516. Lors des travaux préparatoires ayant précédé le vote de la loi MADELIN du 11 février 1994, le groupe socialiste avait manifesté sa forte hostilité au projet, y voyant un recul de la protection accordée par le droit du travail, et une illustration de la doctrine libérale dont A. MADELIN s'est toujours fait un ardent défenseur. Par la suite, le débat devait se poursuivre, au travers des commentaires doctrinaux hostiles¹¹⁵³ ou favorables¹¹⁵⁴, sans que cela semble influencer sur la jurisprudence, ainsi que nous l'avons constaté.

Dans le premier temps, avec le jeu de l'alternance politique et l'arrivée de M. AUBRY au Ministère du travail, le droit du travail allait focaliser, pendant plusieurs mois, l'attention de tous les médias, à l'occasion de la réforme de la durée légale du travail. Dans le climat de passion qui a caractérisé cette période, il n'est donc pas surprenant que la disposition, la plus controversée de la loi MADELIN, ait été remise en cause.

1) L'abrogation de la présomption de non-salariat

517. C'est à l'occasion du vote de ce que l'on appelle la Loi AUBRY II, que le député communiste M. GREMETZ obtint de M. AUBRY une déclaration péremptoire : « *il faut*

¹¹⁵³ G. LYON-CAEN « Où mènent les mauvais chemins », Droit Social, juillet-août 1995, p. 647

Association VILLERME, « La loi Madelin et le code du travail, à contre courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet », Droit Social, juillet-août 1994, p. 673

F. DOROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », Droit Social, juillet-août 1995, p. 638

M. VERICEL « Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification de salarié », Act. Legis, D. 1995.54

¹¹⁵⁴ J. BARTHELEMY, « Contrats de travail et d'entreprises : nouvelles frontières », JCP, E, 1994, I, 361

B. TEYSSIE, « Commentaires sur l'article L. 120-3 du Code du travail », Droit Social, juillet-août 1994, p. 667

J.E. RAY, « De germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », Droit Social, juillet-août, p. 634

J.P. CHAUCHARD, « Travail salarié, travail indépendant, entreprise individuelle : les incidences de la loi Madelin », Colloque Paris I, 6 avril 1995

rétablir la présomption de salariat »¹¹⁵⁵. Les députés, suivant la ministre du Travail, vont donc abroger, sans véritable débat, les alinéas 1 et 2 de l'article L. 120-3 du Code du travail, effaçant d'un trait de plume, à l'occasion du vote de cette seconde loi sur les 35 heures, la disposition emblématique de la réforme libérale, voulue par le ministre MADELIN¹¹⁵⁶.

Au-delà de l'aspect idéologique de ce vote, et malgré la réticence des juges, qui avait sensiblement réduit la portée de la présomption de non salariat, l'abrogation du principe posé par la loi MADELIN, n'est pas sans conséquence juridique. En effet, sous l'empire de la loi du 11 février 1994, lorsque l'URSSAF voulait assujettir un travailleur au régime général de Sécurité Sociale, il lui incombait d'apporter la preuve que ce dernier se trouvait dans un lien de subordination, en faisant tomber la présomption simple de non-salariat. Avec la loi du 19 janvier 2000, supprimant les deux premiers alinéas de l'article L. 120-3 du Code du travail, la charge de la preuve revient au donneur d'ordres, qui doit établir que le prestataire n'exerce pas son activité dans un lien de subordination¹¹⁵⁷.

518 Ce renversement de charge de la preuve est d'autant plus lourd de conséquences que la loi du 11 mars 1997, consacrée au renforcement de la lutte contre le travail dissimulé, a introduit un alinéa 3 dans l'article L. 120-3 du Code du travail¹¹⁵⁸ permettant de poursuivre, rétroactivement, le paiement des cotisations du régime salarié¹¹⁵⁹. Cette double imposition peut être considérée comme une sanction supplémentaire à l'encontre des donneurs d'ouvrage coupables du délit de travail dissimulé. Néanmoins, il apparaît choquant d'imposer deux fois une personne placée dans une situation reconnue irrégulière a posteriori, mais au titre de laquelle le travailleur déclaré, comme indépendant, avait spontanément acquitté des cotisations sociales au régime non-salarié, alors qu'un travailleur clandestin, qui n'a jamais cotisé, car non immatriculé, se trouvera, de fait avantagé.

Cette anomalie s'est trouvée corrigée, avec le retour à la solution dégagée par la jurisprudence, par la loi du 1^{er} août 2003, laquelle a, par ailleurs réinstauré la présomption de non salariat.

¹¹⁵⁵ J.O., Ass. Nat., débat, 15 oct. 1999

¹¹⁵⁶ Cf J. E. RAY, « Aubry II-Les grandes manœuvres », Droit Social 1999, p. 1018

¹¹⁵⁷ Voir en ce sens, circulaire du 2 mai 2000

¹¹⁵⁸ « *Celui qui a eu recours au service d'une personne physique dans des conditions qui permettent d'établir l'existence d'un contrat de travail est tenu au paiement des cotisations et contributions dues aux organismes...au titre de la période d'activité correspondant à l'exécution de ce contrat dans la limite des prescriptions applicables à ces cotisations et contributions* ».

¹¹⁵⁹ La jurisprudence antérieure à la loi de 1997 faisait partir l'assujettissement à la date de requalification, dès lors que, pour la période antérieure, le travailleur avait cotisé dans le régime des travailleurs non salariés.

2) Le retour de la présomption de non-salariat

519. Dernier temps d'une valse-hésitation du législateur, la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, dite loi DUTREIL¹¹⁶⁰, a redonné vie à la présomption de non-salariat, réintroduite à l'article L. 120-3 du Code du travail¹¹⁶¹. Curieusement, ainsi que le souligne un auteur¹¹⁶², ce retour d'une disposition, qui avait suscité de nombreuses controverses, est passé quelque peu inaperçu, sans doute en raison de l'éclairage qui lui a été donné, à savoir une mesure d'accompagnement, dans le dispositif DUTREIL de soutien à la création d'entreprise. En effet, l'objectif avoué de la présomption est de réduire le risque de requalification, dans les situations dites « d'essaimages » où des entreprises fournissent des marchés de travaux à des entreprises nouvelles, créées et gérées par certains de leurs anciens salariés, constituant, souvent, pour celles-ci, le client unique ou, à tout le moins, largement prépondérant. Le nouveau texte reprend, à la virgule près, le texte, abrogé en 2000, de la loi MADELIN, avec néanmoins deux innovations.

520. - La première nouveauté de la loi DUTREIL porte sur le champ de la présomption, lequel est étendu aux « dirigeants des personnes morales, immatriculées au registre du commerce et des sociétés et leurs salariés » ; en effet, dans la logique d'une aide à la création d'entreprises, il convient de ne pas ignorer le succès que connaît le vecteur juridique de la SARL auprès des créateurs¹¹⁶³, d'autant que la jurisprudence n'hésite plus à passer outre l'écran d'une personne morale, pour requalifier une relation contractuelle d'entreprise en contrat de travail¹¹⁶⁴.

- La seconde innovation se trouve dans la partie finale de la nouvelle rédaction de l'article L. 120-3, qui, après avoir rappelé que l'existence d'un contrat de travail peut, nonobstant la présomption, être établie s'il existe un lien de subordination juridique permanente, précise « *dans un tel cas, il n'y a dissimulation d'emploi salarié que s'il est établi que le donneur d'ouvrage s'est soustrait intentionnellement à l'accomplissement de l'une des formalités prévues aux articles L. 143-3 et L. 320* »¹¹⁶⁵. En conséquence, dès lors

¹¹⁶⁰ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003

¹¹⁶¹ Article 23

¹¹⁶² M. VERICEL, « Le rétablissement de la présomption de non-salariat », Droit Social, mars 2004

¹¹⁶³ La SARL étant encore plus accessible et « démocratisée » grâce à une autre disposition innovante de la loi DUTREIL, connue sous le vocable de « SARL à un euro », qui a supprimé l'exigence d'un capital social minimum pour créer une SARL (article L. 223-2 du Code de commerce)

¹¹⁶⁴ Cf notamment, Cass. Crim., 18 juillet 1995, arrêt n° 257, Bull. p. 718

Cass. Soc., 27 mai 2003, n° 01-41. 896, Arrêt « BESSON Chaussures », non publié, ut infra

¹¹⁶⁵ Les formalités évoquées sont la remise d'un bulletin de paie et la transmission à l'URSSAF de la déclaration préalable d'embauche.

que le prestataire a procédé à son immatriculation régulière, en tant qu'entreprise indépendante, il existe une présomption de bonne foi qui devra être, en cas de requalification en contrat de travail, renversée par la preuve du caractère intentionnel des agissements du donneur d'ordres ; de même, la rétroactivité de l'assujettissement aux cotisations du régime salarié, introduite par la loi du 11 mars 1997, sous l'alinéa 3 de l'article L. 120-3, n'étant pas reprise dans le nouveau texte, la jurisprudence antérieure, prévoyant un assujettissement, pour le futur, retrouve sa vigueur.

521. Cette modération nous semble bienvenue, contrairement à ce qu'écrit un auteur¹¹⁶⁶, car la requalification éventuelle en contrat de travail d'une entité indépendante peut résulter, dans certaines hypothèses, d'une simple erreur d'appréciation, qui ne doit pas être sanctionnable de manière automatique, lorsque le prestataire avait régulièrement rempli ses obligations déclaratives et contributives de travailleur indépendant.

Aussi, la loi du 2 août 2005 en faveur des PME¹¹⁶⁷ semble-t-elle aller dans le même sens que la présomption de non-salariat, puisqu'elle consacre deux types de relations contractuelles : le collaborateur libéral et le gérant-mandataire, qui avaient fait l'objet de requalification en contrats de travail par la jurisprudence. C'est ainsi que l'article 15 de la loi PME précise que le collaborateur libéral « *exerce son activité en toute indépendance, sans lien de subordination* ».

Il n'en demeure pas moins que rien ne permet, aujourd'hui, de penser que l'on n'en reviendra pas à la sévérité antérieure, en cas de requalification d'un contrat d'entreprise en contrat de travail, tant notre droit positif semble imprégné d'une volonté d'étendre le contrat de travail, en s'appuyant sur une conception particulièrement élargie du lien de subordination¹¹⁶⁸.

Section 2 : Une extension manifeste de la notion de lien de subordination

L'employeur se doit, en principe, de donner à ses salariés des ordres ou des directives et d'en contrôler l'exécution. Cependant, le rapport de confiance, au centre de la relation cadre et employeur, conduit inévitablement à un allègement des contraintes liées à la

¹¹⁶⁶ M. VERICEL, op. cité « *Ces dispositions sont néanmoins de nature à encourager les fraudes, consistant à dissimuler une relation salariale de fait sous une fausse qualification contractuelle* ».

¹¹⁶⁷ Loi n°2005- 882 du 2 août 2005 en faveur des PME

¹¹⁶⁸ Cf la jurisprudence Cass. Ch. Réunies, 23 juin 1966, arrêt « Prénatal », Gazette du Palais 1966, II, 200 qui a requalifié en contrat de travail, un contrat de franchise dont les dispositions contractuelles constituaient le socle juridique courant de ce type de convention.

subordination, que ce soit par les tribunaux (I), ou par une pratique récente appelée le portage salarial (II).

I- La subordination et la jurisprudence

522. Le concept de subordination a surtout été étudié en tant que critère de qualification du contrat¹¹⁶⁹. C'est une caractéristique commune à tous les droits des pays européens que d'opposer le travail salarié au travail indépendant. La difficulté rencontrée a consisté à enfermer cette idée de dépendance dans une définition suffisamment précise. En effet, si le contrat de travail est constitué de trois éléments indissociables : une prestation de travail, une rémunération et un lien de subordination, ce qui le caractérise réellement, c'est l'exécution d'un travail en situation de subordination¹¹⁷⁰.

Selon la Cour de Justice des Communautés Européennes « *la caractéristique essentielle de la relation de travail est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps, en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle touche une rémunération* »¹¹⁷¹. Afin d'éviter toute interprétation restrictive dans certains Etats membres, cette définition se garde bien d'utiliser le concept de contrat de travail, mais elle n'en décline pas moins les trois éléments constitutifs d'une relation contractuelle de travail salarié.

Critère déterminant, le rapport de subordination est néanmoins un concept à géométrie variable (A) et la chambre Sociale de la Cour de Cassation a, petit à petit, élargi cette notion (B).

A- Les thèses utilisées

La doctrine a forgé une définition du contrat de travail qui repose sur le critère unique qu'est le rapport de subordination établi entre le chef d'entreprise et le salarié, mais l'instabilité de cette notion a, pendant longtemps, entraîné une définition incertaine du contrat de travail, susceptible de connaître différentes applications.

¹¹⁶⁹ Voir T. AUBERT-MONTPEYSSSEN, « Subordination juridique et relation de travail », Thèse. Toulouse, Ed. CNRS, 1988

¹¹⁷⁰ T. REVET, « L'objet du contrat de travail », Dr. Soc., 1992, p. 859

1) La dépendance économique : un élément insuffisant

523. Certains auteurs¹¹⁷² ont pu voir en l'état de dépendance économique du salarié par rapport à son employeur, une marque de la condition sociale de la personne, un critère d'application des lois sociales. La dépendance économique nécessite la réunion de deux conditions : la présence de liens contractuels importants pour l'existence et la survie de l'assujetti (celui qui fournit le travail devant en tirer son unique et principal moyen d'existence), présentant un caractère de permanence ou du moins de la régularité, (celui qui en bénéficie devant absorber intégralement et régulièrement l'activité du travailleur¹¹⁷³). Les défenseurs de la thèse de la dépendance économique ont proposé d'ériger cette dernière en critère autonome du contrat de travail¹¹⁷⁴, dès lors que la soumission aux ordres¹¹⁷⁵ ne peut pas être considérée comme l'élément caractéristique du contrat et que le besoin de protection n'est pas lié à la subordination juridique mais au fait de dépendre économiquement d'un seul employeur¹¹⁷⁶.

524. Or, si le concept de dépendance économique a pu influencer, en Droit du travail, le régime de l'affiliation en matière de Sécurité Sociale¹¹⁷⁷, il ne pouvait prospérer et le juge a très vite considéré¹¹⁷⁸ que le rapport de subordination allait bien plus loin qu'un simple état de dépendance économique. Il était donc impératif de mettre en place un critère stable, pour appréhender, au-delà du simple état de dépendance économique, la qualité de salarié.

Le débat s'est recentré sur la nature du lien de subordination, pour caractériser le rapport de travail et la jurisprudence semble avoir consacré la notion de lien de subordination juridique.

La caractérisation du contrat de travail n'est, alors, pas à rechercher dans le couple « profit/dépendance économique » mais dans le couple « autorité/subordination ».

¹¹⁷¹ CJCE 21 nov. 1991, URSSAF de la Savoie c/ SARL Hostellerie le Manoir, Aff-27-91

¹¹⁷² P. CUCHE, « La définition du salarié et le critère de la dépendance économique », DH, 1932, Chr. 101 ;
« Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », Rev. Crit., 1913, 412

¹¹⁷³ Voir en ce sens, G. J. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 190, 1986

¹¹⁷⁴ Cf T. REVET, « La force de travail », Litec, ed. 1992

¹¹⁷⁵ Voir F. VARCIN, « Le pouvoir patronal de direction », Thèse Lyon 2, 2000

¹¹⁷⁶ Cf A. SUPLOT, « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe, Conclusions du rapport », Dr. Soc., 1999, p. 431 : le rapport diligenté par la Commission européenne sur le devenir du droit du travail en Europe va lui aussi dans ce sens puisqu'il estime que « *les travailleurs qui ne peuvent être qualifiés de salariés, mais qui se trouvent dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d'un donneur d'ordre, devraient pouvoir bénéficier des droits sociaux que justifie cette dépendance* »

¹¹⁷⁷ P. PIGASSOU, « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale », Dr. Soc. 1982, p. 578

¹¹⁷⁸ Trib. Civ. De Saint-Etienne, 27 août 1931 ; Trib. Civ. De Lyon, 18 novembre 1931, note de P. PIC, DP, 1931, 2, 113

2) La subordination juridique : un critère incontournable

525. Après analyse des rapports contractuels entre les parties, les deux notions de direction et de contrôle effectif du travail semblent caractériser l'existence d'un lien de subordination, comme conséquence directe du rapport de soumission qu'illustrent les conditions d'exécution de la prestation de travail. Le salarié a reçu des ordres précis quant à l'accomplissement de sa tâche, il doit en rendre compte à l'employeur qui contrôle et vérifie les résultats de cette exécution ; c'est l'absence de toute initiative personnelle du salarié dans l'exécution de sa prestation qui révèle l'existence d'un lien de subordination. Dès lors, le simple état de dépendance économique du travailleur ne peut suffire à établir un lien de subordination, qui ne semble exister que par sa dimension juridique. Au fil de sa jurisprudence, le juge n'a d'ailleurs pas manqué de réitérer cette exigence de subordination juridique : sans trace d'un contrôle du travail, on ne peut parler de contrat de travail.

526. La jurisprudence s'était tournée vers le critère de l'intégration du travailleur dans un service ou une structure organisée, critère qui implique que l'employeur dispose de la maîtrise de l'organisation générale du travail, à défaut de posséder celle de l'exécution technique. Ce qui importait, c'était que le travailleur participe à une structure organisée, par et au profit de l'employeur, quelle que soit l'indépendance technique dont il bénéficie. Puisque la subordination juridique totale se révélait insuffisante ou incompatible avec l'indépendance technique dont disposent beaucoup de cadres, pour caractériser la relation de travail salariée, la notion de service organisé était utilisée afin de pallier l'inadaptation du critère de subordination juridique classique, faisant appel au concept d'autorité, dans certaines professions. Inutile de constater l'absence ou l'existence d'ordres et de directives de l'employeur, dès lors que le travailleur effectue sa prestation au sein d'un service organisé par autrui.

527. En 1996¹¹⁷⁹, la Cour de cassation est venue donner une définition restrictive du salariat ; désormais, elle n'accorde plus au service organisé que la fonction d'indice de la subordination¹¹⁸⁰. De même, par cette définition, la chambre Sociale de la Cour de cassation a entendu apporter une nouvelle solution de principe et retenir une définition unique de la qualité de salarié, tant au regard du Droit du travail que du Droit de la protection sociale. Les

¹¹⁷⁹ Cass. Soc., 16 novembre 1996, Sté générale c/ URSSAF ; Bull. civ. V, n° 386 ; JCP, E, 1997, II, 911, note J. BARTHELEMY ; RJS 12/96, n° 1320 ; J. J. DUPEYROUX, « A propos de l'arrêt Société générale », Dr. Soc., 1996, p. 1067

¹¹⁸⁰ Voir en ce sens, A. ARSEGUEL et P. ISOUX, « Des limites à la dérive de la notion de service organisé », Droit Social 1992, p. 295

juges suprêmes s'attachent donc à souligner que le critère distinctif, mais surtout exclusif, du salariat est bien la subordination juridique qu'ils s'empressent de définir dans leur décision :

« Le lien de subordination (...) est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné (...) »

D'autres législations étrangères, en Belgique¹¹⁸¹, en Allemagne¹¹⁸² ou en Suisse¹¹⁸³ reprennent plusieurs éléments de cette définition.

Le juge a, donc, voulu préciser cette exigence de subordination juridique pour en faire le critère unique de la qualification de contrat de travail. Cette notion de subordination a aussi nécessité des adaptations pour les salariés hautement qualifiés et autonomes.

B- L'aménagement de la subordination pour les personnes hautement qualifiées

Certaines activités ne peuvent s'effectuer qu'avec une indépendance du travailleur, notamment pour les personnes hautement qualifiées ou dotées d'un degré élevé d'autonomie ; la qualification du travail salarié étant laissée à l'appréciation du juge, ce dernier a donc progressivement mis en place des critères objectifs, pour ces catégories spécifiques (1). La requalification en contrats de travail a concerné parallèlement des contrats d'entreprise (2).

1) La requalification, en contrats de travail, d'activités dont l'exercice requiert généralement une large autonomie

528 L'existence d'un lien de subordination juridique est recherchée de façon constante par la jurisprudence¹¹⁸⁴, tant en Droit du travail qu'en Droit de la sécurité sociale, au travers

¹¹⁸¹ SFP Emploi, Travail et Concertation sociale- Réglementation du travail- Contrat de travail- Brochure-www.Meta.fgov.be

En droit belge, « l'autorité est un élément essentiel du contrat de travail. Elle permet de différencier le contrat de travail d'autres conventions dans lesquelles un travail doit aussi être exécuté contre paiement.

¹¹⁸² F. LEFEBVRE, Allemagne : Juridique, fiscal, social, Francis LEFEBVRE, Coll. Dossiers internationaux, 5^{ème} éd., 1996, n° 3014, p. 361

« Le contrat de travail est caractérisé par un lien de subordination, c'est-à-dire que l'ouvrier ou l'employé est tenu de respecter les ordres de l'employeur, de s'intégrer à la structure de l'entreprise, de respecter les horaires de travail et de travailler à l'endroit qui lui a été prescrit. »

¹¹⁸³ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations- Deuxième partie, Titre dixième : Du contrat de travail) – Art. 319 et 321 d.

Le droit suisse prévoit que « le travailleur s'engage, pour une durée déterminée ou indéterminée, à travailler au service de l'employeur et qu'il doit à ce titre observer les règles de la bonne foi, les directives générales de l'employeur et les instructions particulières qui lui sont données ».

¹¹⁸⁴ Ass. Plén. 4 mars 1983, D. 1983, p. 381, concl. J. CABANNES ; D. 1984, IR. 184, obs. J.M. BERAUD
Cass. Crim., 29 oct. 1985, Bull. crim., n° 335

de circonstances de fait, afin de déterminer l'existence d'une situation de dépendance dans l'exercice du travail. Ce principe a été réaffirmé dans un arrêt relativement récent de la chambre Sociale : « *L'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* »¹¹⁸⁵.

La Cour de cassation ne s'est donc pas systématiquement attachée à délimiter la catégorie des contrats de travail, alors même qu'elle prétendait mettre en œuvre une notion plus précise de lien de subordination avec l'arrêt « *Société générale* » du 13 novembre 1996¹¹⁸⁶.

529. Pour certaines activités, telles que celles d'avocat, ou de médecin, où l'autonomie, l'indépendance, la liberté d'expression sont nécessaires, la compatibilité du contrat de travail paraît a priori douteuse ; cependant, la Cour de cassation a admis que la subordination puisse résulter d'obligations accessoires : des sujétions d'ordre administratif, des obligations d'horaires, ou l'existence de notes de service peuvent suffire à la caractériser.

S'agissant des professions libérales¹¹⁸⁷, depuis longtemps, on ne doute plus de ce que des médecins peuvent être salariés d'établissements de soins, d'entreprises, d'autres médecins¹¹⁸⁸...

En revanche, à propos de la profession d'avocat¹¹⁸⁹, la discussion s'est longtemps prolongée sur sa compatibilité avec le salariat¹¹⁹⁰.

¹¹⁸⁵ Cass. Soc., 19 décembre 2000, n° 98-40. 572, note A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », Dr. Soc., mars 2001
Nonobstant la dénomination et la qualification données au contrat litigieux, l'accomplissement effectif du travail dans les conditions prévues par ledit contrat et les conditions générales annexées plaçait le locataire dans un état de subordination à l'égard du loueur. En conséquence, sous l'apparence d'un contrat de location d'un véhicule taxi était en fait dissimulée l'existence d'un contrat de travail.

¹¹⁸⁶ Ut supra

¹¹⁸⁷ Voir A. CURET, « Le salariat dans l'entreprise libérale », Droit Social, 1992, p. 902

« *L'indépendance professionnelle dont jouit le médecin dans l'exercice de son art n'est pas incompatible avec l'état de subordination qui résulte d'un contrat de services* »

Cass. Soc. 29 mars 1994, Dr. Soc., 1994, p. 558 : sur la situation de subordination du médecin anesthésiste

¹¹⁸⁸ Cass. Crim., 5 mars 1992, Bull. crim., n° 101, RTD civ. 1993, 137, obs. JOURDAIN

¹¹⁸⁹ Cf V. RENAUX PERSONNIE, « L'avocat salarié : entre indépendance et subordination », Thèse, Aix-Marseille, 1998

¹¹⁹⁰ Voir J. BARTHELEMY, « Contrat de travail et activité libérale », JCP, E, 1990, I, 3450

B. BOCCARA, « Le besoin et la nécessité : de l'indépendance du barreau », JCP, E, 1990, I, 3464

C. MAILLARD, « Les collaborateurs d'avocat..., peut-on être avocat et salarié ? », in Les collaborateurs de l'entreprise, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 55

*a- Les avocats*¹¹⁹¹

530. A un contrat de travail conclu entre deux avocats, la loi du 31 décembre 1971 avait préféré un contrat spécifique, le contrat de collaboration¹¹⁹², mais il avait fallu, par la suite, une nouvelle intervention législative pour briser la résistance des juges fortement enclins à requalifier ce contrat « sui generis » en contrat de travail. La loi du 31 décembre 1990¹¹⁹³ s'est montrée plus pragmatique et elle a fait une place aux deux formules : l'avocat peut exercer sa profession en qualité de collaborateur non salarié, mais aussi en qualité de salarié¹¹⁹⁴. Dans cette dernière hypothèse, « *il n'est soumis à un lien de subordination à l'égard de son employeur que pour la détermination de ses conditions de travail* »¹¹⁹⁵. Aussi, distingue-t-on l'avocat salarié qui, théoriquement « ne peut avoir de clientèle personnelle » et l'avocat collaborateur dont le contrat précise les conditions dans lesquelles il « pourra satisfaire aux besoins de sa clientèle personnelle ».

531. En réalité, le concept d'avocat salarié conduit, au même titre que chez les notaires, les huissiers, les médecins ou les architectes salariés, à faire évoluer sensiblement la notion de contrat de travail, en vue de donner la priorité à la protection sur l'indépendance, fut-ce au prix d'une indéniable éclipse du lien de subordination. Le législateur réduit en effet le lien de subordination, auquel est soumis l'avocat salarié à l'égard de son employeur, à la seule détermination de ses conditions de travail ; il s'intègre dans un service organisé et participe à l'entreprise d'autrui. La difficulté consiste, dès lors, à déterminer ce qu'il faut entendre par conditions de travail. L'horaire, le lieu de travail, la fourniture du matériel, l'organisation des congés, la rémunération, entrent sans contestation possible dans le champ d'application des conditions de travail, mais, au-delà, se pose la question de savoir si l'expression « conditions de travail » englobe à la fois les conditions d'exécution et les conditions d'exercice. Une réponse affirmative conduit à admettre que la direction, matérialisée par la distribution de dossiers, la répartition de la présence aux audiences, aux expertises, le partage des missions,

¹¹⁹¹ Voir en ce sens, Cass. Soc., 8 mars 2000, p. 548, obs. J. BARTHELEMY : contrat de collaboration entre une société d'avocats et un avocat

et Cass. Soc., 12 févr. 1999, Dr. Soc. 1999. 404 ; D. 2000, somm. 146, obs. B. BLANCHARD

¹¹⁹² Après des péripéties jurisprudentielles retentissantes, voir Paris, 23 févr. 1977, D., 1977, 193, concl. G. PICCA, n. JESTAZ ; TGI Paris, 8 avril 1977, II, 18676 ; Paris, 7 nov. 1977, JCP, E, 1977, II, 18748, note Y. CHAPUT ; Cass. 1^{ère} civ., 26 janv. 1982, D. 1982, p. 528

¹¹⁹³ Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 portant réforme de certaines professions juridiques et judiciaires a créé la nouvelle profession d'avocat qui s'est substituée à compter du 1^{er} janvier 1992 aux professions d'avocat et de conseil juridique.

¹¹⁹⁴ Voir M. A. MOREAU, « Avocats salariés et avocats collaborateurs, réflexions autour de quelques difficultés », Rev. Jur. Ile-de-France, juill-sept. 1994. Curieusement, les litiges afférents à ce contrat de travail ne sont pas soumis au Conseil de prud'hommes mais à l'arbitrage du bâtonnier.

¹¹⁹⁵ Cass. 1^{ère} civ., 10 janv et 21 mars 1995, II, 22434, note J.P. MARTIN. Il est inscrit, avec la mention « salarié » au même tableau que son patron

comme le contrôle effectif du travail, relève des conditions de travail. Dès lors, l'employeur doit pouvoir contrôler la qualité du travail, donner des directives, corriger des erreurs, voire modifier l'argumentation lorsque celle-ci ne lui paraît pas conforme à l'intérêt du client. Un argument a contrario peut être tiré du texte du décret¹¹⁹⁶, relatif au contrat de collaborateur, lequel dispose : « *L'avocat collaborateur d'un autre avocat demeure maître de l'argumentation qu'il développe. Lorsque cette argumentation est contraire à celle que développerait l'avocat employeur auquel il est lié, il est tenu d'en informer ce dernier.* »

Il existe une disposition similaire pour l'avocat salarié –le droit de retrait –, ce qui révèle une égalité de traitement quant aux libertés respectives dont disposent le collaborateur et le salarié dans l'exercice de leur travail.

532 Le contrôle effectif du travail par l'employeur s'applique donc, comme dans tout contrat de travail, à l'avocat, sans que l'indépendance que comporte son serment en soit pour autant menacée. Quoiqu'il en soit, cette dilution du lien de subordination contribue à l'évolution générale du salariat, devenu aujourd'hui un concept à géométrie variable. Selon la profession exercée, le rang dans la hiérarchie professionnelle, la notion de subordination se révèle très différente ; « *elle n'a pas la même rigueur pour un médecin, un professeur ou un cadre supérieur que pour un ouvrier ou un employé subalterne*¹¹⁹⁷ ».

L'exemple du corps médical est, lui aussi, significatif.

b- Les médecins et les membres du corps médical

533. Dès 1965, la Cour suprême a considéré qu'un médecin pouvait être un salarié¹¹⁹⁸, dès lors qu'il était astreint au respect de certaines instructions dans le cadre d'un service organisé et qu'il était lié au chef d'entreprise par « *un lien de subordination compatible avec son emploi à temps partiel, sans que la circonstance qu'il eut, par ailleurs, un cabinet personnel important puisse modifier le caractère de louage de services de la convention qu'il avait signée*¹¹⁹⁹. »

C'est toujours le lien de subordination qui a permis d'opérer une distinction entre l'exercice de la médecine à titre salarié ou à titre libéral¹²⁰⁰, mais, la distinction entre ces deux situations d'exercice n'est pas toujours aisée, dans la mesure où le médecin peut être amené à les pratiquer de manière alternative. D'une façon générale, le lien de subordination décisif, par la reconnaissance de la qualité de salarié d'un praticien, se caractérise par une restriction

¹¹⁹⁶ Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 sur la profession d'avocat

¹¹⁹⁷ Voir en ce sens, M. CAMERLYNCK, Traité de droit du travail : le contrat de travail, Dalloz, 2^{ème} éd., p. 59

¹¹⁹⁸ Voir en ce sens, M. CALMON, « La médecine salariée en France », Thèse, Bordeaux, 1984

¹¹⁹⁹ Cass. Soc., 31 mai 1965, Dr. Soc. 1965, p. 512, obs. J. SAVATIER

¹²⁰⁰ Cass. Soc., 15 février 1967, Bull. civ. IV, n° 152

de sa liberté, mise en exergue par les contraintes imposées dans ses horaires, son organisation matérielle, le choix des malades examinés...

534. La Cour de cassation a ainsi pu retenir à plusieurs reprises¹²⁰¹ la qualification de contrat de travail pour un médecin qui devait se conformer à des directives administratives ou qui ne pouvait choisir librement ses honoraires. De même, la Cour suprême a très précisément affirmé qu'un médecin se trouve, vis-à-vis d'une clinique, dans un état de subordination, de nature à caractériser l'existence d'un contrat de travail, dans la mesure où il est tenu de respecter certaines sujétions d'horaires, de prestations et de gardes nocturnes, soumis au règlement intérieur de la clinique et intégré dans le service médical organisé par les dirigeants de l'établissement¹²⁰².

Cette démarche de la jurisprudence ne s'est toutefois pas cantonnée aux professions libérales et la requalification en contrats de travail a frappé de nombreux contrats d'entreprise.

2) La requalification, en contrats de travail, de contrats d'entreprise

535. Dans leur quête incessante de nouveaux domaines d'application, pour le Droit du travail, les magistrats en sont venus à considérer, qu'afin d'échapper à l'application du Droit du travail, certains sont tentés de dissimuler des salariés sous l'apparence de travailleurs indépendants¹²⁰³. Dans cette logique, de faux artisans ou de faux sous-traitants peuvent cacher de véritables salariés¹²⁰⁴, et des fausses opérations de prestations de services correspondre à un travail salarié ; autrement dit, il existe de faux contrats d'entreprise, qui sont de véritables contrats de travail¹²⁰⁵.

536. Ainsi, après les sociétés pratiquant la location de véhicules, équipés en taxi, où la Chambre sociale confirme la requalification en « contrat de travail »¹²⁰⁶, ce sont les sociétés utilisant le franchisage qui voient surgir des gérants salariés ou des contrats de travail dès lors que sont réunies les conditions énoncées par l'article L. 781-1 du Code du travail, lequel

¹²⁰¹ Cass. Soc., 5 juin 1975, Bull. civ. V, n° 312 ; Cass. Soc., 7 oct. 1976, Bull. Civ. V, n° 478

¹²⁰² Cass. Soc., 7 déc. 1983 : Bull. civ V, n° 592 ; JCP, G, 1984, IV, p. 53 ; Cass. Soc., 25 nov. 1992 : Juris-Data, n° 003042 ; Cass. Soc., 29 mars 1994 : Bull. Civ. V, n° 108 ; TPS 1994, comm. n° 224

¹²⁰³ Voir en ce sens, F. DOROY, « La vérité sur le faux travail indépendant », Droit Social 1995, p. 638

¹²⁰⁴ Voir M. L. MORIN, « Sous-traitance et relations salariales-aspects de droit du travail », Travail et emploi, 1994, p. 23

¹²⁰⁵ P. ARSEQUEL et J. ISOU, « Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise », in Les collaborateurs de l'entreprise, salariés ou prestataires de services ? », Travaux de l'IDA, Université d'Aix-Marseille III, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995

¹²⁰⁶ Cf A. JEAMMAUD, « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », Droit Social, mars 2001

« procède à une simple assimilation aux salariés »¹²⁰⁷. En effet, le recours par les parties à la dénomination « contrat de franchise » ne peut interdire aux juges de requalifier la relation contractuelle lorsque les conditions de l'article L. 781-1 sont remplies¹²⁰⁸. La jurisprudence a, de même, étendu le champ d'application de l'article aux gérants libres de stations services¹²⁰⁹, à un distributeur indépendant¹²¹⁰, à un dépositaire exclusif de marchandises¹²¹¹, à un concessionnaire¹²¹² ou à un distributeur exclusif¹²¹³.

537. La soumission d'un gérant libre au droit du travail entraîne donc la compétence du Conseil de prud'hommes, en cas de litige entre le gérant et son employeur¹²¹⁴ et l'application des règles de droit commun du contrat de travail pour la rupture¹²¹⁵. Dès lors, le gérant d'une station-service, admis au bénéfice des dispositions de l'article L. 781-1 ne pourra pas prétendre au paiement des indemnités de gérance et de reprise de stock¹²¹⁶. Deux arrêts relativement récents¹²¹⁷, reprenant un attendu de principe commun, ajoutent que le bénéfice des dispositions auxquelles renvoie l'article L. 781-1 est acquis dès lors que sont remplies les conditions qu'il énumère et « *sans qu'il soit besoin d'établir l'existence d'un lien de subordination* ». Ainsi, a été requalifié en salarié, un franchisé, contractuellement tenu d'une obligation d'exclusivité, et objet d'une surveillance organisée par le franchiseur par l'intermédiaire de ses propres préposés, sans pouvoir disposer d'une quelconque latitude dans la fixation de ses tarifs, déterminés par le franchiseur, qui établissait lui-même les factures au nom de son franchisé.

538. Les contrats de sous-traitance n'échappent pas, non plus, au risque de requalification en contrat de travail. En pratique, de nombreux sous-traitants sont peu ou prou, économiquement dépendants de leur donneur d'ordres principal, lorsque la part de celui-ci, dans leur chiffre d'affaires s'avère prépondérante, et la défaillance de ce donneur d'ordres entraîne, souvent, celle des sous-traitants. Toutefois, nonobstant ces aspects économiques, la situation du sous-traitant reste caractérisée, juridiquement, par l'absence de dépendance et de subordination, ce qui la distingue du contrat de travail. En raison de son indépendance

¹²⁰⁷ Voir en ce sens, A. JEAMMAUD, « L'assimilation des franchisés aux salariés », Droit Social, février 2002, p. 158

¹²⁰⁸ Cass. Com., 3 mai 1995, D. 1997. 10

¹²⁰⁹ Cass. Soc., 13 janv. 1972, Bull. Civ. V, N° 28 ; D. 1972. 425, note E. SCHAEFFER ; 18 déc. 1975 : D. 1976. 399, note A. JEAMMAUD ; Cass. Soc. 18 novembre 1981, D. 1983. 242, note Y. SAINT-JOURS

¹²¹⁰ Cass. Soc., 1^{er} mars 1973, JCP 1974, II. 17687

¹²¹¹ Cass. Soc., 12 mai 1982 : Bull. civ. V, n° 295

¹²¹² Cass. Ch. Réun., 24 juin 1966 : D. 1967. 137

¹²¹³ Cass. Soc., 7 févr. 1983 : Bull. civ. V, n° 88

¹²¹⁴ Voir notamment Cass. Soc., 13 janv. 1972, D. 1972. 425 ; Cass. Soc., 10 juin 1976 : Bull. civ. V, n° 357

¹²¹⁵ Cass. Soc., 11 oct. 1978 : Bull. Civ. V, n° 662 ; Cass. Soc., 4 oct. 1979, Bull. Civ. V, n° 662

¹²¹⁶ Cass. Soc., 26 févr. 1992, Bull. civ. V, n° 133

juridique, le sous-traitant n'est pas un salarié de l'entrepreneur principal : ni la législation sur la Sécurité Sociale¹²¹⁸, ni celle sur les accidents du travail¹²¹⁹ ne sont donc applicables. Néanmoins, si cette indépendance n'est que de façade, les tribunaux pourront rétablir la situation réelle¹²²⁰.

539. Nombreuses sont, ainsi, les situations contractuelles qui peuvent donner lieu à requalification, ce qui ne contribue pas, à l'évidence, à la sécurité juridique des contractants. Ceci est d'autant plus lourd de conséquences, qu'en cas de requalification en contrat de travail, un grand nombre d'incriminations sont applicables à la formation et à l'exécution de la convention critiquée : marchandage, prêt illicite de main d'œuvre, inobservation des règles d'hygiène et de sécurité, non assujettissement à la Sécurité Sociale, violation des règles de licenciement, délit d'entrave, ou même travail dissimulé¹²²¹.

Or, les tribunaux, de plus en plus souples dans l'appréciation des critères classiques de la subordination, n'hésitent pas à conclure, dès qu'il y a présence d'un embryon de subordination, dans le sens du lien de salariat plutôt que dans celui du lien d'entreprise. Dans un tel contexte, le travail autonome ou indépendant tend à devenir suspect.¹²²²

*

* *

540. L'enjeu dans le choix de la qualification de salarié ou de travailleur indépendant n'est pas seulement l'application du droit du travail. Il est aussi la détermination du régime de Sécurité Sociale applicable. En pratique, il est certain que la majorité des contestations sur la qualification de salarié relèvent du contentieux de la Sécurité Sociale et non de l'applicabilité du Droit du travail. La jurisprudence est certes parvenue à des critères identiques pour définir le salarié, qu'il s'agisse de Droit du travail ou de Droit de la sécurité sociale, mais pour assurer l'emprise, la plus large possible, au régime général de Sécurité Sociale, considéré

¹²¹⁷ Cass. Soc., 4 déc. 2001, Bull. civ. V, n° 373

¹²¹⁸ Cass. Soc., 30 nov. 1983 : Bull. civ V, n° 584

¹²¹⁹ Cass. 2^{ème} civ., 11 janv. 1995, n° 93-15. 075 : Bull. civ. II, n° 20

¹²²⁰ Cass. Soc., 21 janv. 1987 : Bull. civ. V, n° 41 ;

Cass. Soc., 8 juill. 2003, Juris-Data n° 2003-019852 : «*La société Trio TCS donnait à M. X. des directives précises, définissait la périodicité, le secteur et les horaires de travail et avait sanctionné par la rupture des relations contractuelles l'impossibilité où M. X s'était trouver d'effectuer ses tournées, en raison d'un congé maladie ; qu'il résultait de ces constatations que ce dernier se trouvait placé dans un lien de subordination qui caractérisait l'existence d'un contrat de travail, en dépit de l'inscription au registre du commerce et des sociétés laquelle ne constituait qu'une simple présomption de non-salariat.* »

¹²²¹ Cf Cass. Crim., 17 juin 2003, observ. J. H. ROBERT, JCP, E, 15 janvier 2004

¹²²² Voir en ce sens, A. De SENG, « La requalification de contrats de société et de gérance en un contrat de travail, SA CHE c. Berthet et autres, Cour d'appel de Paris, 7 juin 2001 », Droit Ouvrier, décembre 2001
C. CUTAJAR, « La franchise hôtelière à l'épreuve de la fictivité », RJDA, janvier 2002

A mettre en parallèle avec « Les faux travailleurs indépendants face au droit du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification », Droit Ouvrier, juin 2001

comme plus protecteur, elle a conçu et appliqué ces critères d'une façon très largement compréhensive. Il en résulte une extension constante du champ du salariat, tant par le législateur que par la jurisprudence, au détriment du travail indépendant. Ce cheminement n'est, cependant, pas propre au seul droit français.

541. Si l'on se livre à un tour d'horizon des pays voisins, force est de constater que, partout, la jurisprudence élargit la notion de subordination et que bon nombre de travailleurs indépendants, ou parasubordonnés, rangés dans la « zone grise », sont englobés dans le salariat. Ces dernières années, en effet, la jurisprudence des principaux pays européens a développé des méthodes de qualification flexibles, visant à inclure, dans le cadre du travail salarié, des cas d'espèces diversifiés. Cet objectif, largement présent dans les positions jurisprudentielles et doctrinales de nos voisins, conduit les auteurs à relever une « tendance expansive du droit du travail »¹²²³. A titre d'exemple, l'utilisation de la méthode typologique, par la jurisprudence italienne et allemande, pour qualifier un rapport de subordonné ou d'indépendant, a, sans aucun doute, favorisé l'inclusion de nombreux cas douteux dans la catégorie de salarié. A l'origine, une partie de la doctrine allemande a proposé d'élargir la notion de salarié, pour juguler les fuites hors du Droit du travail¹²²⁴. Le besoin de protection n'est pas lié, selon cette thèse, à la subordination juridique, mais au fait de dépendre économiquement d'un seul employeur. Cette thèse a été accueillie par certaines juridictions, notamment par la Cour d'appel du travail de Cologne, dans une décision du 30 juin 1996¹²²⁵. Selon les termes de cette décision « *la notion traditionnelle de salarié utilisée par la Cour fédérale du travail, qui se base surtout sur le degré de subordination du travailleur et prend surtout en considération le fait d'avoir un horaire de travail déterminé par l'employeur, ne peut plus suffire à garantir le respect des droits fondamentaux.* » La Cour est ainsi conduite à rechercher si le travailleur se présente de manière indépendante sur le marché, assume les risques et court les chances d'un entrepreneur¹²²⁶.

Dans la même perspective, avec des instruments conceptuels et opérationnels différents, la jurisprudence anglaise a pris cette orientation, avec l'utilisation de « l'economic reality

¹²²³ Cf T. TREU, "Il diritto del lavoro : realta e possibilita", in ADL, 2000, p. 467

A. SUPLOT et P. DAVIES, "Lavoro subordinato e lavoro, autonomo", in DRI, 2000, p. 210

R. WANK, « Tipi contrattuali con prestazioni di servizi nella RFT », in LD, 1997, p. 217

¹²²⁴ R. WANK, « Arbeitnehmer und Selbstständige », thèse, 1988 ; voir résumé de cette thèse in Der Betrieb 1992, 90. Pour cet auteur, la soumission aux ordres ne peut plus être considéré comme l'élément caractéristique du salarié.

¹²²⁵ Landesarbeitsgericht, 30 juin 1996, publiée en *Entscheidungsamtlungen zum Arbeitsrecht* § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff n° 29

¹²²⁶ Cette orientation risque toutefois de se heurter à l'existence légale en Allemagne des travailleurs semblables aux salariés (*Arbeitsnehmerähnliche Personen*), ut infra

test. » Dans cette méthode, visant à qualifier le contrat, l'on doit vérifier où sont affectés les risques et les gains financiers et rechercher si le travailleur est en mesure de bénéficier d'une telle affectation. Le test ne se limite pas à évaluer qui assume le risque du travail, il prend également d'autres éléments en considération, comme la propriété des moyens de production ou les méthodes de paiement, pour déterminer si le travailleur effectue une activité à son compte, en organisant le travail et en assumant les risques, ou, si, au contraire, il est inséré dans l'activité de quelqu'un d'autre. Le recours à cette technique a permis, aux tribunaux, de classer, comme subordonnés, de nombreux travailleurs occasionnels ou irréguliers qui, avec d'autres méthodes, basées sur des critères formels, seraient restés sans protection, en qualité de travailleurs indépendants. La faiblesse économique a éclipsé l'absence de pouvoir de contrôle. Par conséquent, « l'economic reality » test peut être considéré comme un précurseur du concept de « worker » qui a permis d'étendre une partie de la législation de protection au-delà du travail salarié au sens strict.

Cette recherche forte du salariat, considéré comme un statut « amortisseur » des épreuves de l'existence, n'est pas l'apanage du législateur et du juge : elle est devenue une fin en soi qui s'affranchit, de plus en plus du concept de subordination. L'apparition récente des sociétés de « portage salarial » est révélatrice de l'ampleur de cette évolution.

II- La subordination et le portage salarial

542. Le concept de portage salarial n'est pas nouveau ; les premières entreprises se sont créées au début des années 80 mais leur développement a nécessité une décennie. Il est possible d'y voir le résultat de plusieurs phénomènes.

- Les actifs, notamment les cadres, ont envie de travailler de façon différente¹²²⁷ ; ils veulent multiplier les expériences, plutôt que de faire carrière au sein d'une même entreprise ;
- le développement des nouveaux outils facilite les communications entre travailleurs et entreprises, et encourage le travail à distance ;
- la majorité des entreprises recherche une flexibilité et une réduction de coûts salariaux fixes, qui passent par l'externalisation¹²²⁸.

¹²²⁷ Comme le constate le sociologue J.P. LE GOFF, « Les illusions du management, pour le retour du bon sens, mal être dans les organisations », Ed. La découverte, 2000 ; on assiste, en France, à « *une mutation profonde des mentalités affectant tout particulièrement le rapport au monde du travail* ».

¹²²⁸ D'après le baromètre Outsourcing 2000 d'Accenture, 50 % des entreprises qui pratiquent déjà l'externalisation envisagent de sous-traiter de nouvelles fonctions dans les deux prochaines années ; l'administration et la finance seront les plus concernées (59%) devant l'informatique et les télécoms (53 %).

Dans le même temps, la répétition des licenciements collectifs a engendré une perte de confiance à l'égard de l'entreprise et favorisé la montée de l'individualisme.

543. Les missions ponctuelles, que ce soit en intérim ou en freelance, ont pris leur essor, parmi les professionnels qualifiés dans les années 1990 au plus fort de la crise, les cadres y voyant le moyen de rester en contact avec le monde du travail, voire de retrouver un contrat à durée indéterminée.¹²²⁹ C'est dans ce contexte qu'est née « l'ingénierie de ressources humaines » pour permettre à un indépendant de travailler, sans être obligé de s'immatriculer en tant que tel. Une brèche était désormais ouverte entre le statut de salarié à durée indéterminée et celui de travailleur indépendant.

544. C'est en 1985, à l'occasion d'une réunion de travail entre cadres de l'association d'entraide pour cadres au chômage, que « l'ingénierie de ressources humaines » se dénommera portage salarial¹²³⁰. Cette même année, la première association de portage verra le jour sous le nom de VALOR¹²³¹, laquelle dès 1986, sera transformée en SARL. Initialement dénommées sociétés d'hébergement ou de refacturation, les nouvelles structures deviendront ensuite « sociétés de portage salarial¹²³² ». L'apparition de ces sociétés mérite des observations générales (A) ; leurs compatibilités avec le Droit suscitent des réactions (B).

A- Les caractéristiques du portage

545. La loi en faveur des PME du 2 août 2005¹²³³ est venue, très récemment, réglementer ce secteur, né de la seule pratique contractuelle. Elle a préféré le vocable « d'entreprises de travail à temps partagé ».

¹²²⁹ A titre d'illustration, l'on peut citer des cadres de grands groupes « remerciés » au plus fort de la crise, âgés d'environ 50 ans : Liliane Henon et Michel Roy, fondateurs des sociétés de portage Alternative et Aclys ; Jacqueline Bastide et Alain Rochas, fondateurs de la société L'Abécédaire.

¹²³⁰ Ce nom est apparu pour expliquer qu'il fallait établir une nouvelle relation pour porter le problème du salarié.

¹²³¹ La société Valor a été créée par J.L. Guibert à Paris pour gérer ce statut et son activité en conformité avec le droit français en respectant au mieux l'autonomie des acteurs en missions en entreprises. C'est aujourd'hui 610 consultants qui réalisent un chiffre d'affaires de 12 M€ en temps partiel de quelques jours à ¾ de temps. Cf revue des dirigeants, n° 59, juillet 2004

¹²³² En ce sens, A. PROENZA, « Des appellations elliptiques », Le Monde économie, 6 mars 2001.

L'expression « portage salarial » a fait l'objet d'un dépôt, en septembre 2000, à l'INPI par le syndicat des entreprises de portage salarial (SEPS).

¹²³³ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005

Suivant une pratique législative bien ancrée dans notre Droit contemporain, cette loi inclut des dispositions hétérogènes et elle consacre son article 22 au « Travail à temps partagé » qui entre dans le Code du travail, au sein du titre II du livret 1^{er}, avec un chapitre IV bis incluant neuf articles nouveaux, numérotés de L. 124-24 à L. 124-32.

Le portage, c'est tout d'abord l'action de « porter » ou de « transporter »¹²³⁴ : en d'autres termes, cela signifie qu'une personne en porte une autre pour lui permettre d'agir. La société de portage¹²³⁵ permet à un individu d'exercer son activité dans une entreprise en qualité de salarié. Le principe du portage est le suivant : un indépendant, non immatriculé au régime des travailleurs indépendants ou en tant que dirigeant de société, trouve une mission à accomplir dont il va négocier, seul, le prix avec l'entreprise cliente. Ne pouvant pas effectuer cette opération légalement, il s'adresse à une société de portage salarial (SPS) qui va signer le contrat commercial avec l'entreprise cliente, en même temps qu'un contrat de travail avec le consultant. La SPS va facturer la prestation au client et reverser les honoraires au consultant sous forme de salaires, après avoir déduit les charges sociales, patronales et salariales correspondantes et le montant de sa rémunération propre.

546. Nos schémas juridiques traditionnels se trouvent, ainsi, singulièrement bousculés par l'apparition de ces professionnels autonomes qui se situent au confluent du Droit du travail, porteur d'une protection juridique renforcée du salarié subordonné, et du Droit commercial, fondé sur la libre négociation entre parties placées sur un pied d'égalité¹²³⁶.

547. Depuis sa création, le portage est en progression constante¹²³⁷, tant en raison d'une conjoncture économique favorable, qu'en raison de la multiplicité des secteurs susceptibles d'être portés. En effet, les missions confiées à des salariés portés concernent, par essence, des activités susceptibles d'externalisation par l'entreprise¹²³⁸ ; de plus en plus de PME souhaitent disposer de collaborateurs pointus le temps d'une mission¹²³⁹, mais la plupart n'en ont pas les moyens financiers. C'est d'ailleurs cette situation qui est évoquée dans la loi récente d'août 2005¹²⁴⁰. L'entreprise de travail à temps partagé y est définie, sous l'article L. 124-24 du

¹²³⁴ Cf F. RIQUOIR, « Le portage salarial », Semaine Sociale Lamy, 20 novembre 2000, n° 1004

¹²³⁵ D'après Me B. DENKIEWICZ, « La légalité des sociétés de portage », Les entretiens du Freelance, janvier 2001, les sociétés de portage regroupent aussi les sociétés « de salariat libéral », les sociétés « d'indépendance salariée ». Les applications sont sans doute différentes mais les principes de bases identiques : la société apporte un service consistant à salarier la personne indépendante.

¹²³⁶ Voir en ce sens, « L'indépendant en panne de statut propre », La Tribune, 27 novembre 2000

¹²³⁷ Bien que l'on manque de statistiques en la matière, on peut avancer qu'il existe, en France, une quarantaine de sociétés de portage salarial, et environ 10 à 15 000 salariés portés.

Voir F. AIZICOVICI, « Les sociétés de portage transforment des indépendants en salarié », Le Monde économie 6 mars 2001, p. 9

¹²³⁸ Sont notamment concernés les domaines suivants : la stratégie et l'organisation, les ressources humaines et la formation, la finance, le marketing-vente, la communication, l'informatique et les télécommunications, le multimédia, la logistique, la presse, l'édition....

¹²³⁹ On peut classer ces missions en 3 grandes catégories :

-les chantiers urgents : installation des 35 heures, mise en place de l'euro, développement informatique ou multimédia

-les travaux traditionnellement effectués par des indépendants : traduction, rédaction, correction, communication, formation

-les missions techniques : ingénierie, expertises, études de produits, études stratégiques...

¹²⁴⁰ Ut supra

Code du travail dans les termes suivants : « *est au sens du présent chapitre, une entreprise de travail à temps partagé, toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive consiste, nonobstant les dispositions de l'article L. 125-3, à mettre à disposition d'entreprises clientes du personnel qualifié qu'elles ne peuvent recruter elles-mêmes à raison de leur taille ou de leurs moyens.* »

Les articles L. 124-26 et L. 124-27 du texte soulignent l'ambivalence contractuelle du montage.

1) L'ambivalence contractuelle du portage

Le mécanisme du portage met en œuvre deux types de relations contractuelles.

a- Les rapports entre l'entreprise cliente et la société de portage : le contrat d'entreprise

548. L'entreprise cliente va signer un contrat commercial de prestations de services avec la société de portage, comme avec une société de « conseil » classique. L'obligation de « fonder le lien contractuel de la mission sur un document écrit » incombait déjà aux adhérents du SEPS (syndicat des entreprises de portage salarial)¹²⁴¹. Ce document a été repris dans le nouvel article L. 124-26 du Code du travail ; il décrit la mission, sa durée, la qualification professionnelle, les caractéristiques particulières du poste de travail ou des fonctions et fixe le montant de la rémunération ainsi que ses composantes. Il inclut, désormais, une disposition qui marque l'originalité de ce contrat d'entreprise et qui rapproche le portage du contrat de travail temporaire : « *Toute clause tendant à interdire l'embauchage par l'entreprise cliente, à l'issue de la mission, est réputée interdite.* »

Juridiquement, le seul et unique interlocuteur de l'entreprise cliente est donc la société de portage ; c'est le contrat de prestation¹²⁴² qui établit que la société de portage prend la responsabilité de la mission, donc en cas de litige, l'entreprise cliente devra se retourner contre celle-ci.¹²⁴³

En revanche, aux termes des articles L 124-29 et L. 124-30, comme dans le contrat de travail temporaire, l'entreprise utilisatrice doit permettre l'accès du salarié à temps partagé aux installations collectives de son personnel et elle a la responsabilité des conditions d'exécution du contrat.

¹²⁴¹ En vertu de la charte de déontologie

¹²⁴² Il peut arriver que le contrat de prestation soit tripartite.

¹²⁴³ A cet égard, il est indispensable de vérifier que la société de portage est assurée en responsabilité professionnelle afin de pouvoir répondre des fautes de ses salariés dans le cadre de leurs missions et qu'elle dispose bien d'un numéro de formateur agréé si la prestation porte sur la formation.

b- Les rapports entre le salarié porté et la société de portage : le contrat de travail

549. Avant l'intervention législative sus évoquée, le porté signait un contrat de travail à durée déterminée¹²⁴⁴ ou indéterminée, à temps partiel ou à temps plein avec la société de portage¹²⁴⁵. Désormais, l'article L. 124-27 précise « ce contrat de travail est réputé être à durée indéterminée ». Ceci ne signifie pas que l'utilisation du CDD sera interdite, mais elle est limitée aux hypothèses prévues par la loi, lesquelles s'apprécieront au sein de l'entreprise de travail à temps partagé, qui ne pourra prétendre au CDD d'usage de l'article L. 122-1-1 du Code du travail.

La rupture du contrat est régie par le droit commun (articles L. 122-4 à L. 122-14-18 du Code du travail) ; en revanche, le contrat à temps partagé doit inclure des dispositions identiques à celles du contrat de travail temporaire : clause de rapatriement (article L. 124-27), clause d'égalité de rémunération par rapport au poste (article L. 124-28), clause organisant les relations avec l'entreprise cliente (article L. 124-29 et L. 124-30). Ce contrat n'en demeure pas moins atypique.

2) L'atypisme juridique du travail à temps partagé

Le salarié à temps partagé dénote par rapport au salarié classique (a) ; la recherche d'une présomption légale de salariat reste vaine (b).

a- Au regard des critères généraux du contrat de travail

550. Dans le cadre du portage, l'existence de deux des trois éléments caractérisant le contrat de travail ne font pas de doute : la prestation de travail et la rémunération. En revanche, la subordination juridique, critère déterminant du contrat de travail fait défaut.¹²⁴⁶

En effet, si, par la méthode du faisceau d'indices, est recherché le lien de subordination à partir des conditions réelles d'exercice de l'activité, force est de constater que le porté ne subit aucun pouvoir de direction ou de contrôle effectif de son travail par la société de portage : même si théoriquement, il peut être soumis au pouvoir disciplinaire de la société de

¹²⁴⁴ Bien souvent, il s'agit d'un CDD ; entre les deux missions, le salarié porté retrouve son droit à percevoir ses allocations chômage via les ASSEDIC ; certes, pour les portés qui souhaitent à terme créer leur entreprise, il est plus intéressant de conclure un CDI, qui le moment venu, sera plus facile à rompre qu'un CDD.

¹²⁴⁵ L'obligation de procéder, auprès de l'URSSAF, à la D.U.E figure parmi celles acceptées par les adhérents du SEPS (cf charte de déontologie) ; de même, les adhérents du SEPS sont obligés de signer un contrat de travail débutant au plus tard le premier jour de la mission.

¹²⁴⁶ Certes, J. BARTHELEMY a précisé que la notion de lien de subordination peut prendre des formes particulières, notamment celle des avocats, médecins ou experts comptables qui disposent d'une totale indépendance technique (ut infra)

portage via le règlement intérieur, il exécute sa mission en toute autonomie et n'est pas tenu de consulter la société de portage pour les décisions qu'il prend. C'est lui qui choisit ses clients et ses missions dont il négocie librement le prix et il n'a pas à établir de compte-rendu des missions. Or, les éléments tenant au pouvoir de commander et de contrôler le travail sont décisifs pour concrétiser le lien de subordination, caractérisant le contrat de travail¹²⁴⁷.

De même, les indices matériels du lien de subordination, résultat de l'intégration dans un service organisé¹²⁴⁸ ne sont pas réunis : le porté n'exerce pas son activité dans les locaux de la société de portage, il fixe librement son emploi du temps, sans rendre compte de son activité, et ne se sert pas du matériel de la société de portage.

b) Au regard des présomptions légales

551. Le portage ne figure pas au rang des professions visées par la loi, auxquelles est conféré le statut de salarié¹²⁴⁹ ; le porté ne peut donc être considéré comme un salarié au sens classique¹²⁵⁰, il paraît se rapprocher davantage du statut du parasubordonné¹²⁵¹. Dans d'autres pays, ce type de relation a été intégré dans le Droit : en Italie, la parasubordination est devenue un concept juridique depuis 1973 et les organisations syndicales ont négocié des accords pour améliorer la condition de ces travailleurs ; en Allemagne, la situation des « quasi-salariés » est, elle aussi, négociée dans les conventions collectives¹²⁵². En revanche, dans notre pays, le portage, issu de la pratique, est resté longtemps ignoré du Droit du travail.

B- Le portage et le Droit du travail

552. Par rapport à la problématique habituelle, qui tend à requalifier en contrat de travail un contrat d'une autre forme, indûment qualifié par les parties, nous nous trouvons dans une situation inédite où une activité indépendante reçoit, dès l'origine, l'appellation d'activité

¹²⁴⁷ De façon générale, la subordination est le droit de l'employeur de donner des ordres et des directives sur le travail à réaliser et l'obligation corrélative pour le salarié de les exécuter.

Voir G. COUTURIER, « Droit du travail », Les relations individuelles de travail », PUF, coll. Droit fondamental « *La subordination juridique matérialise l'état d'une personne physique placée sous l'autorité d'un entrepreneur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement, en vérifie les résultats.* »

¹²⁴⁸ Voir également M. MORAND, P. COURSIER, « Le contrat de travail solidaire », Droit Social, février 2003

¹²⁴⁹ Ut supra

¹²⁵⁰ Voir en sens, J. BARTHELEMY qui a bien fait la distinction entre le subordonné au sens originel du terme et le développement de l'activité professionnelle qui a fait, avec le temps évoluer le salariat.

¹²⁵¹ Ut infra

Cf J. BARTHELEMY, « Le professionnel parasubordonné », JCP, E, 1996, I, 606

« Essai sur la parasubordination », SSL, 8 septembre 2003

« Droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Ed. Litec, 2003

¹²⁵² Ut infra

salariée¹²⁵³, de manière artificielle, par la volonté des contractants : nous allons examiner les problèmes soulevés par cette démarche (1) avant d'aborder les premiers éléments de réponse (2).

1) Les problèmes soulevés

553. Ainsi que nous l'avons évoqué, certains aspects du portage le rapprochent d'autres formes légales d'organisation du travail ; entreprises de travail temporaire et groupements d'employeur. En vertu de l'article L. 124-1 du Code du travail, le travail temporaire¹²⁵⁴ est le fait de toute personne physique ou morale dont l'activité exclusive est la mise à disposition provisoire, auprès d'utilisateurs, de salariés, qu'en fonction d'une qualification convenue, elle embauche et rémunère. Quant au groupement d'employeurs, issu d'une loi du 25 juillet 1985, il permet à des PME de se regrouper sous la forme associative afin d'embaucher et de mettre à leur disposition des salariés, liés à ce groupement par un contrat de travail.

Dans les deux cas, les structures, qui ont pour seul objet la fourniture de main d'œuvre, dérogent légalement à deux infractions sanctionnées par le Code du travail : le marchandage et le prêt illicite de main d'œuvre¹²⁵⁵. La similitude, avec le portage, de ces formes légales, tient à ce que la mise à disposition de personnel, provient d'une relation triangulaire, où l'employeur, utilisateur de la main d'œuvre, n'est pas l'employeur juridique ; il existe, en effet, une dissociation entre le bénéficiaire de la prestation de travail et celui qui assume les responsabilités légales liées à la qualité d'employeur.

Pour certains auteurs¹²⁵⁶, le délit de marchandage n'est pas réellement caractérisé puisque, dans l'entreprise de travail temporaire, c'est cette dernière qui trouve le client et qui met à sa disposition des salariés, alors que, dans le portage salarial, le contexte et la démarche sont différents, puisque le porté ne compte pas sur l'agence pour trouver des missions.

554. Il n'en demeure pas moins qu'en l'absence de dérogation légale, le portage salarial apparaissait en infraction avec le Code du travail. Curieusement, cette pratique a généré assez peu de contentieux, car, à notre connaissance, l'on ne recense qu'un jugement, émanant d'un

¹²⁵³ Voir, en ce sens, O. PIOT, « Les sociétés de portage salarial flirtent avec le droit du travail », *Le Monde des initiatives* du 28 janvier 1998, VI

¹²⁵⁴ Le travail temporaire a été réglementé par une loi du 3 janvier 1972 ; celle-ci confère aux entreprises de travail temporaire le monopole de fourniture de main d'œuvre à titre lucratif.

¹²⁵⁵ Art. L. 125-1 et L. 125-3 du Code du travail. Il convient de remarquer que la loi en faveur des PME, sus évoquée, a entendu promouvoir, également, les groupements d'employeurs.

¹²⁵⁶ B. DENKIEWICZ, *Les entretiens du Freelance*, janvier 2001

Tribunal correctionnel¹²⁵⁷, lequel apporte, cependant, un éclairage intéressant quant à la position des juges à l'égard du portage.

En l'espèce, une société à responsabilité limitée, dénommée l'Abécédaire, exerçant l'activité de portage salarial, subit un contrôle de l'inspection du Travail, qui dresse deux procès-verbaux pour délits de prêt illicite de main d'œuvre et de marchandage. Le Ministère public poursuit, mais uniquement l'infraction de marchandage, reprochant aux prévenus d'avoir, au cours des trois dernières années, « *fourni de la main d'œuvre à des fins lucratives ayant eu pour effet de causer un préjudice aux salariés concernés ou d'éluder l'application des dispositions légales, réglementaires ou contractuelles* ». Les juges ne retiennent, eux aussi, que le marchandage, aux visas des articles L. 125-1¹²⁵⁸ et L. 152-3¹²⁵⁹ du Code du travail. Pour caractériser l'élément matériel de l'infraction, le tribunal s'attache à déterminer la nature exacte de la prestation fournie par l'Abécédaire et retient que la société de portage salarial « *ne s'oblige pas à la réalisation d'une prestation de services* » envers l'entreprise cliente. La véritable obligation qui pèse sur l'Abécédaire est « *la mise à disposition d'un professionnel... pour la réalisation d'une prestation de services ou l'exécution d'un travail ; ce qui suffit à qualifier cette opération de fourniture de main d'œuvre.* »

Le but lucratif de l'opération est aisément caractérisé : la société réalise un bénéfice, bien qu'elle n'offre à son cocontractant aucun travail ou service spécifique. Quant au préjudice causé aux salariés, les juges du fond relèvent que la société a mis des salariés à la disposition d'entreprises, à titre onéreux, « *en dehors de la réglementation du travail temporaire, éludant ainsi l'application de cette réglementation et celle des conventions collectives applicables à raison des activités des entreprises utilisatrices* ».

Ils relèvent aussi d'autres anomalies : une légalité douteuse quant aux contrats de travail à durée déterminée (cas de recours et lien de subordination juridique), aux règles relatives au paiement du salaire, et à la qualification juridique de la relation de travail, entre le porté et l'entreprise cliente, qualifiée de « relation de travail hybride ».

~~555~~ Devant ce constat de violation de nombreuses règles du Droit social, la condamnation aurait pu être conséquente. Or, la peine principale, prononcée à l'encontre de chacun des gérants de la société, se limite à une amende de 100 000 F assortie d'un sursis à l'exécution¹²⁶⁰ et d'une peine complémentaire de publicité. Ainsi, les magistrats stigmatisent,

¹²⁵⁷ Tribunal correctionnel de Grenoble, 19 mars 2001, jugement n° 918 MP34

¹²⁵⁸ Article interdisant le marchandage

¹²⁵⁹ Article prévoyant les sanctions du marchandage

¹²⁶⁰ Selon l'article L. 152-3, alinéa 1 du Code du travail, le délit de marchandage est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 200 000 F ou de l'une de ces deux peines.

de façon non équivoque, les illégalités, mais sans vraiment les sanctionner ; ce comportement révèle leur gène face au portage, qui, par des voies peu orthodoxes, ne fait que reprendre et prolonger l'œuvre de la jurisprudence et du législateur.

Dans un pays de Droit, un tel déni de justice ne pouvait toutefois se prolonger et il était nécessaire que des réponses soient apportées, d'abord par les partenaires sociaux, puis par le législateur.

2) Les réponses récentes¹²⁶¹

556. Soucieux de négocier un accord national qui permettrait de sortir du flou juridique et de « légaliser » une pratique litigieuse au regard du Code du travail, les dirigeants des SPS se sont structurés et constitués en syndicat, le Syndicat des Entreprises de Portage Salarial (SEPS)¹²⁶². L'enjeu apparaît d'importance, car cette forme d'activité répond à la fois à une volonté patronale, pour développer une nouvelle forme de flexibilité, et à une recherche d'indépendance de salariés, qui refusent la subordination inhérente au contrat de travail.

De même, pour sortir de ces impasses juridiques, dans l'optique d'une modification de la législation, certains s'engagent sur des voies nouvelles, pour donner une forme de légitimité ou tout au moins de visibilité à leur activité.¹²⁶³

557. L'objectif recherché est de créer un environnement susceptible de caractériser un lien de subordination. Pour prendre l'exemple d'ITG, l'argumentaire mis en place est le suivant :

-« dans le premier cas qui vise les salariés des services supports techniques, administratifs, financiers ou informatiques, le lien de subordination se concrétise par la possibilité d'un contrôle quantitatif et qualitatif du travail effectué dans un lieu de travail principal prédéterminé et fixe ;

¹²⁶¹ Voir en ce sens, N. COTE, « Le portage salarial : entre innovation et dérives », JCP, E, 7 nov. 2002

¹²⁶² Six sociétés de portage ont créé, en janvier 1998, un syndicat professionnel qui a édicté une « charte déontologique » et qui n'accepte dans ses rangs que les entreprises qui s'y conforment ; aujourd'hui, les effectifs n'atteignent qu'une part très minoritaire de la profession.

¹²⁶³ Voir en ce sens, J. TRENTESAUX, « Le portage salarial s'organise », L'Express, 24/5/2004

C'est le cas de la société ITG qui s'est engagée dans la voie contractuelle et qui a signé un « accord collectif d'entreprise UES ITG » le 26 avril 2004 avec la CFDT

« Pour moraliser le secteur, ITG, leader de la profession, vient de signer, avec la CFDT, un accord novateur ; le texte commence par bétonner le lien de subordination entre la société de portage et le porté. L'accord leur assure aussi la rémunération minimale conventionnelle, à laquelle s'ajoutent des primes sur objectifs en fonction de l'activité engendrée. Autres garanties fondamentales : le porté est déclaré propriétaire de sa clientèle ; il est payé pour assurer sa prospection commerciale et bénéficie d'un accompagnement personnalisé de son employeur. En échange, la société de portage retrouve toute latitude pour licencier ses salariés qui n'auraient

- dans le second cas qui vise les salariés ayant une fonction à la fois commerciale et productive et qui sont désignés comme consultants, le lien de subordination s'exerce dans les conditions de profonde autonomie ... l'autonomie n'exclut pas l'existence d'un lien de subordination ... à l'ère des services, du fonctionnement par projets et missions, et du conseil, le contenu et la matérialisation du lien de subordination ne peuvent plus être perçus qu'en termes négatifs, avec l'utilisation de formules telles que donner des ordres, contrôler, sanctionner, etc.

En effet, le lien de subordination qui s'établit entre un consultant qui dispose d'une très large autonomie technique et les sociétés ITG ne peut être analysé au regard de ces critères traditionnels et il est nécessaire de recourir ici à des critères adaptés dont les tribunaux ont déjà montré la voie, notamment par le recours à la notion de « participation à un service organisé ». Ce critère ne valide pas le portage salarial en soi, mais permet de faire un distinguo entre les sociétés de portage organisées et les sociétés de portage inorganisées. »

558. Dans le même ordre d'idées, les dispositions conventionnelles tendent à crédibiliser le cadre du contrat de travail : pour le paiement du salaire, il est précisé que les consultants sont rémunérés au mois, sans que cette rémunération soit conditionnée par l'émission ou le règlement des factures ; il est également inséré une clause d'objectifs dans le contrat de travail¹²⁶⁴, pour permettre sa rupture, en l'absence de nouvelles missions.

559. Depuis ce premier accord collectif, d'autres démarches similaires se sont engagées¹²⁶⁵, marquant une véritable avancée pour le portage¹²⁶⁶. Ainsi, soucieux d'offrir davantage de sécurité aux salariés portés, le SEPS a mis en place, fin 2002, une garantie financière mutualisée, en signant une convention avec l'organisme de caution CEGI. A la suite de cet accord-cadre, chacune des onze sociétés, faisant partie du SEPS devra être couverte par la garantie financière.

560. Ces efforts convergents des principaux acteurs du portage salarial, en vue de sortir de la clandestinité, ont été récompensés par la loi en faveur des PME du 2 août 2005, qui,

pas réalisé leurs objectifs. Ainsi organisé et sécurisé, le portage salarial pourrait enfin sortir de la confidentialité. »

¹²⁶⁴ « Le consultant devra conclure, avant la fin de chaque mission, une mission nouvelle. La pérennité du présent contrat est subordonnée au respect par le salarié de cette clause d'objectif. En d'autres termes, la société se réserve la possibilité de procéder au licenciement du salarié si l'objectif n'est pas atteint et si les explications apportées par le salarié ne sont pas suffisantes. »

¹²⁶⁵ Un autre accord a été signé entre la CFDT et la société Links le 10 juin 2004 garantissant les critères contractuels de l'exercice des consultants autonomes et des salariés au sein du groupe « Links ».

¹²⁶⁶ Voir en ce sens, Le Monde initiatives : indépendants et salariés à la fois, 6 novembre 2003

Le SEPS avait tenté de négocier un avenant à la convention collective Syntec ; alors que toutes les organisations syndicales représentatives souhaitant la conclusion d'un tel accord, le SEPS s'est heurté au refus du Syntec, dominé par de grosses entreprises de conseils voyant dans le portage une forme de concurrence.

nous l'avons vu, a apporté une confirmation législative aux pratiques conventionnelles antérieures. A priori, il s'agit d'une nouvelle avancée dans l'expansion du Droit du travail, mais il est prématuré d'en tirer une telle conclusion, car le portage inclut, aussi, le volet « contrat d'entreprise » et, au travers, par exemple, de clauses d'objectifs, il n'est pas impossible que la protection du Droit du travail soit fragilisée par les lois de l'Economie de Marché.

Certains indices montrent, d'ailleurs, que l'expansion manifeste du Droit du travail, sous la forme actuelle, atteint ses limites.

Chapitre 2 : Les signes d'une évolution

561. Repousser, toujours plus loin, les frontières d'application du Droit du travail, en y englobant le plus grand nombre possible de situations, telle a été la démarche du législateur et de la jurisprudence, durant les dernières décennies.

L'exercice a, néanmoins, ses limites car le développement du nombre des acteurs économiques salariés s'effectue, à un moment donné, au détriment des non-salariés, donc des créateurs d'entreprises ; or, si la norme sociale devient le salariat, elle ne peut se pérenniser qu'avec l'existence d'employeurs, donc de non-salariés. Même si les origines de l'affaiblissement de l'esprit d'entreprise, en France, reposent sur des facteurs complexes et multiples, l'on ne peut nier que l'évolution constatée d'expansion du Droit du travail, y avait joué un rôle à ne pas négliger. Dès lors que le déficit de création d'entreprises, en France, par rapport à nos voisins, devient une préoccupation de nos gouvernements¹²⁶⁷, il est naturel de recenser les raisons qui ont conduit à cette recherche constante de la qualification juridique de contrat de travail. Ainsi que nous l'avons constaté, une partie significative du contentieux de la requalification a eu son origine dans la problématique du régime social applicable : la supériorité évidente, en terme de couverture, du régime général de Sécurité Sociale, sur les régimes de non-salariés, a longtemps constitué un élément fondamental pour attirer la population active vers ce régime ; depuis quelques années, l'harmonisation des régimes sociaux et fiscaux a neutralisé, en grande partie, ce facteur.

Les autres raisons qui expliquent le succès du Droit du travail, tiennent à la protection juridique inhérente à son application : dispositif d'aide contre la perte d'emploi, limitation de la durée du travail, reconnaissance et organisation du Droit à la formation permanente,

¹²⁶⁷ Voir en ce sens les travaux préparatoires au vote de la Loi pour l'initiative économique du 1^{er} août 2003

promotion de conditions qualitatives et quantitatives d'exercice de travail, grâce à la négociation collective.

Sur ces différents points, les professions non salariées ont, traditionnellement souffert de carences importantes, liées à un individualisme chronique ; ainsi, leur statut juridique précaire a constitué un véritable « repoussoir », face au confort du Droit du travail. Les efforts consentis par les pouvoirs publics pour améliorer au cours de la période contemporaine le statut juridique des non-salariés font qu'aujourd'hui la cohabitation, entre salariat et non-salariat, voire le passage de l'un à l'autre, deviennent possible (section 1) ; parallèlement, les professions non salariées ont pris conscience que certaines formes d'organisation de leurs activités pouvaient être favorables (section 2).

Section 1 : Les prémisses d'une cohabitation entre salariat et non-salariat

562 Force est de constater une première évolution¹²⁶⁸ avec la loi sur la réduction du temps de travail, qui exclut les cadres dirigeants du champ d'application de la durée du travail, les rapprochant objectivement des professions non salariées.

Par ailleurs des nouvelles formes de travail prennent forme, se distinguant du salariat « brut » sans que le législateur ou même la jurisprudence, ne tirent « la sonnette d'alarme ». En raison de l'évolution, technologique, les emplois d'hier disparaissent ou se transforment de façon quasi permanente car les nouveaux outils informatiques et de communication modifient radicalement la nature des demandes¹²⁶⁹.

¹²⁶⁸ Ut supra

¹²⁶⁹ Voir en ce sens, C. GOLDFINGER, « Travail et hors travail, vers une société plus fluide », Ed. O. Jacob 1998

L'auteur s'interroge sur le devenir du travail : le travail est-il condamné ? Telle est la question que l'on serait en droit de se poser compte tenu de l'inexorable montée du chômage et de l'inefficacité manifeste des mesures de lutte contre celui-ci. La réponse ne peut qu'être négative et C. GOLDFINGER y emploie tout son ouvrage pour démontrer que le travail n'a pas vocation à disparaître. Pour autant, il faut bien reconnaître que l'on rentre dans une nouvelle ère où le travail devra fondamentalement changer. En effet, la révolution économique orchestrée par les nouvelles technologies dirige le travail vers une mutation profonde.

Hier encore, la vie du travailleur était bien encadrée dans une logique de carrière sans surprise. Il n'en est plus rien, vie professionnelle et vie privée ne sont plus aussi clairement séparées. Afin de s'y retrouver et d'envisager les solutions à cette révolution économique l'auteur tente d'expliquer quels seront les nouveaux types d'emploi et les façons de travailler dans cet univers baigné par les nouvelles technologies.

Le monde du travail est en constante mutation. Il a tout d'abord reposé sur une économie agricole, puis sur une économie industrielle, ensuite est venu le temps d'une économie de services pour finalement aujourd'hui s'y retrouver et d'envisager les solutions à cette révolution économique l'auteur tente d'expliquer quels seront les nouveaux types d'emploi et les façons de travailler dans cet univers baigné par les nouvelles technologies.

Le monde du travail est en constante mutation. Il a tout d'abord reposé sur une économie agricole, puis sur une économie industrielle, ensuite est venu le temps d'une économie de services pour finalement aujourd'hui se diriger vers une économie de l'immatériel. Le cadre des idées, des images, de l'information est en train de supplanter le travail de la terre et des machines.

Cette mutation n'est certes pas nouvelle, mais elle se réalise à une vitesse sans cesse plus grande. Par conséquent, au cours de sa vie active, un salarié sera confronté à de nouvelles exigences qui l'obligeront à s'adapter¹²⁷⁰, sous peine de perdre son emploi et d'éprouver des difficultés à retrouver une activité conforme à sa qualification. C'est un processus de « mobilité dans l'emploi »¹²⁷¹ qui se fait jour.

Parallèlement et consécutivement à cette mutation de la nature du travail, les modes d'organisation du travail se transforment, remettant en cause le critère de la subordination juridique. En effet, l'évolution technologique oblige à repenser l'organisation même du travail et, à des degrés divers, bouleverse les caractéristiques habituelles du travail subordonné, au point de le rendre très voisin d'une activité non salariée.

I- Les nouvelles formes de travail remettent en cause le clivage traditionnel

La prestation de travail, qui était, traditionnellement, réalisée au sein d'une entreprise bien identifiée, dans un espace clos, et auprès d'un employeur unique et stable, correspond aujourd'hui de plus en plus, à une notion éclatée dont nous allons évoquer deux manifestations au travers du télétravail (A) et de la pluriactivité (B).

A- Le télétravail

563. Jusqu'à présent, il n'existait pas d'évaluation chiffrée et détaillée du télétravail en France ; c'est pourquoi, le Forum des droits sur l'Internet¹²⁷² a élaboré une étude approfondie¹²⁷³ qui permet d'estimer le nombre de télétravailleurs, dans notre pays, à 7 % de la population active salariée. Les auditions et travaux menés par le Forum permettent de constater que le télétravail se pratique en France dans un cadre encore largement informel, car il se met souvent en place de façon ponctuelle, pour répondre à des situations individuelles et n'est que rarement formalisé par un contrat de travail en bonne et due forme.

L'étude révèle que les principaux télétravailleurs sont des cadres exerçant principalement dans le secteur financier et les services aux entreprises, surtout pour des

¹²⁷⁰ La jurisprudence a d'ores et déjà pris en considération l'incessante mutation des modes de travail, des emplois. Depuis 1992 (Cass. Soc., 1^{er} avril 1992, RJS n° 5/ 1992, n° 598), elle fait peser sur l'employeur une obligation d'adapter les salariés à l'évolution de leur emploi.

¹²⁷¹ Expression empruntée à M. DEL SOL, « L'activité salariée aujourd'hui et demain », Ed. Ellipses, 1998

¹²⁷² Rapport sur le télétravail en France, Le Forum des droits sur l'Internet, décembre 2004, www.Ladocfranaise.Gouv.fr

grandes entreprises¹²⁷⁴ qui ont parfois formalisé la mise en place du télétravail, par le biais de chartes ou d'avenants au contrat de travail.

Ces premiers constats vont nous conduire, successivement, à effectuer une démarche analytique (1), pour rechercher des éléments de définition de la notion et la catégorie juridique dans laquelle elle est susceptible de s'insérer, avant d'aborder, à partir des études beaucoup plus nombreuses, conduites sur cette matière, par nos voisins italiens, une approche prospective (2).

1) L'approche analytique

Développée par la pratique, cette forme de travail constituera certainement dans l'avenir une des formes importantes de l'activité humaine. Certes, le télétravail pose des problèmes de société et les débats sont nombreux, essentiellement sur la comparaison entre les avantages et les inconvénients de ce mode d'organisation du travail, tant pour le travailleur que pour l'entreprise utilisatrice.

Les définitions du télétravail¹²⁷⁵ sont multiples et varient selon la portée, large ou restrictive, qu'on veut lui donner.

a- Les éléments de définition :

564. Les hypothèses de télétravail sont diverses et ne recouvrent pas une seule et même réalité : elles concernent des personnes à haut degré d'initiative, des créateurs, mais peuvent aussi correspondre à des travaux plus répétitifs¹²⁷⁶. Pratiquée par environ 3 % de la population active, la notion est ignorée par le législateur ; la jurisprudence, quant à elle, ne la prend en compte que par rapprochement avec le Droit du travail des travailleurs à domicile.

565. Seul, un accord cadre européen¹²⁷⁷ a défini le télétravail comme « *tout travail comparable à celui réalisé par un salarié sur le lieu de travail normal, mais qui peut aussi*

¹²⁷³ Le Forum a pour cela demandé à la Dares (Direction de l'animation de la recherche, des études et des statistiques) du ministère du travail de cerner statistiquement la population des télétravailleurs français.

¹²⁷⁴ Parmi ces entreprises, on peut par exemple, citer EDF-GDF, IBM France, France Télécom ou encore Accenture France.

¹²⁷⁵ Selon le petit Larousse, « organisation décentralisée des tâches, le travailleur les exécutant à distance, grâce à la télématique. »

¹²⁷⁶ A titre d'exemple : secrétariat, frappe de documents, traduction, saisie bancaire, comptabilité...

¹²⁷⁷ Accord cadre européen sur le télétravail, 16 juillet 2002

Cet accord-cadre a été signé par les partenaires sociaux européens-CES, INICE/UEAPME, CEEP. Cette signature est la première expression d'un véritable accord entre partenaires sociaux au niveau européen et, même s'il ne présente pas de caractère juridique contraignant, il incite les partenaires sociaux, au plan national, à réfléchir sur les règles à adopter.

être effectué à distance en utilisant des technologies informatiques en principe reliées au réseau d'information de l'entreprise. »

Cette définition très large du télétravail salarié exclut, uniquement, de son champ d'application « *les travailleurs non-salariés, tels que définis par la législation nationale, et ne concerne pas non plus le télétravail effectué de façon occasionnelle. Il ne s'applique qu'aux relations de travail principales.* » Le champ d'application de l'accord englobe, en réalité, trois modalités distinctes de télétravail selon le lieu d'exécution de la prestation de travail :

-le télétravail en télécentre ou télécottage ou téléspace, ou centre de proximité ou bureau de voisinage, c'est-à-dire dans un local situé près du domicile des salariés afin de les rapprocher de leur lieu de travail ;

-le télétravail dit « nomade », défini comme celui « *pratiqué par des personnes dont l'activité nécessite de nombreux déplacements et qui, grâce aux moyens de communications électroniques, peuvent rester en contact avec leur entreprise.* »¹²⁷⁸

-le télétravail au domicile du salarié, effectué grâce aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, caractérisé par la fixité du poste du travail et par l'utilisation régulière de moyens informatiques et télématiques non transportables.

566. Juridiquement¹²⁷⁹, le télétravail peut se caractériser par l'existence de trois critères : l'accomplissement à distance d'une prestation de travail, l'utilisation de moyens informatiques et outils de télécommunication et l'absence de surveillance de la part du donneur d'ordres.

Le télétravail, qui semble perçu par la jurisprudence et par l'accord précité comme de nature principalement salariale, pose cependant une question essentielle, quant à la nature du contrat liant le télétravailleur au donneur d'ordres¹²⁸⁰. En dépit de la multitude de situations de fait, peu de régimes juridiques sont envisageables¹²⁸¹, au regard du droit positif, l'alternative est simple : contrat d'entreprise ou contrat de travail¹²⁸².

¹²⁷⁸ Rép. Min., 12 juin 2000

¹²⁷⁹ La consultation des index alphabétiques des Codes du travail et de la sécurité sociale révèle l'absence de référence au télétravail

¹²⁸⁰ P. LABEAUME, « Le télétravailleur, un travailleur comme un autre ? », Petites affiches, 2 févr. 1996, p. 10

¹²⁸¹ Si le télétravailleur peut choisir le cadre du travail indépendant, le droit du travail (notamment la jurisprudence) applique le principe de réalité. Ainsi le donneur d'ordre pourra devenir employeur et le contrat d'entreprise requalifié en contrat de travail si les conditions concrètes d'exécution de la prestation de travail montrent un lien de subordination juridique.

Cette requalification, à laquelle les parties ne peuvent se soustraire est d'ordre public, ut supra

¹²⁸² J. P. CHAUCHARD, « Travail salarié ou travail indépendant : les questions soulevées par la loi Madelin », Liaisons Soc., juin 1995, n° 100

b- Le cadre juridique de la prestation de travail

567. Vu par le donneur d'ordres, le travail en indépendant est préférable¹²⁸³ pour des raisons de flexibilité horaire, et de coût moindre de la protection sociale. Cette indépendance du travailleur suppose qu'il choisisse ses clients, puisse refuser des commandes, fixer ses prix et négocier ses délais, plus généralement qu'il assume les risques de l'entreprise.

A l'inverse, du point de vue du télétravailleur, le statut de salarié est a priori avantageux, car gage de protection d'une certaine forme de stabilité, par les garanties individuelles et collectives attachées au contrat de travail (durée du travail, rémunération, rupture du contrat, application des conventions collectives, bénéfice des activités sociales et culturelles du comité d'entreprise.)

568. Toutefois, la subordination juridique est-elle encore caractérisée dans l'hypothèse du télétravail¹²⁸⁴ ? Subsiste-t-il un pouvoir disciplinaire de l'employeur lorsqu'il n'y a pas unité de lieu entre le lieu d'exécution de la prestation de travail et le lieu d'expression des directives, des ordres, ou autres instructions, sur les résultats attendus du télétravailleur ? En fait, les critères de la subordination juridique ne semble plus adapté aux nouveaux modes d'organisation du travail¹²⁸⁵. Pour un télétravailleur doté d'une grande autonomie dans l'exécution de sa prestation (sans contraintes de connexion régulière ou permanente avec l'entreprise par exemple), la qualification devrait dépendre du point de savoir s'il agit ou non, comme un indépendant qui assume les risques de l'activité développée et en retire les profits. Ce critère serait, sans doute, le plus pertinent pour opérer la distinction entre les vrais et les faux indépendants.

569. Mais quand bien même, l'existence d'un contrat de travail serait caractérisée¹²⁸⁶, d'autres difficultés juridiques apparaissent : le télétravailleur à distance, appartenant à une entreprise, peut-il faire valoir ses droits « collectifs » ? Dans les relations individuelles de travail, le télétravailleur dispose, certes, d'une sphère d'autonomie dans la gestion de son temps, en l'absence de surveillance directe du donneur d'ordres, mais cette souplesse peut se

¹²⁸³ Cf « Je travaille chez moi ; salarié ou indépendant ? », Revue L'Entreprise, n° 227, octobre 2004

¹²⁸⁴ En ce sens, M. MEUNIER-BOFFA, « Le télétravail face au droit du travail », TPS, août-septembre 2002, p. 6

« Le contrôle de la durée de travail des télétravailleurs ne peut plus être compris dans une relation d'autorité et de subordination au sens du contrat de travail mais davantage comme une relation d'animation et d'orientation fondée sur le dialogue entre l'entreprise et le salarié sur les buts à atteindre et les moyens d'y parvenir en travaillant par objectifs. »

¹²⁸⁵ Voir en ce sens, J. E. RAY « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail : le statut du télétravailleur », Dr. Soc., 1996, p. 122

« Le télétravail semble abolir le droit du travail hier, où l'aire géographique d'autorité de l'employeur déterminait le statut du travailleur, et donc l'ensemble de ses conditions d'emploi. »

retourner contre lui, notamment lorsque les délais qui lui sont imposés s'avèrent insuffisants pour réaliser le travail demandé.

570. Ces objections ne sont, cependant, pas réservées au télétravail et elles concernent tous les travailleurs à domicile, lesquels, rappelons-le, sont expressément assujettis, par la loi, au Droit du travail. Ce constat induit, nécessairement, une nouvelle interrogation : si la qualification de salarié est retenue, faut-il appliquer au télétravail le statut légal du travailleurs à domicile ?¹²⁸⁷ Les avis doctrinaux sont divergents¹²⁸⁸, le principal reproche concernant la législation sur le travail à domicile, est son ancienneté, source d'inadaptation aux réalités d'aujourd'hui.¹²⁸⁹

L'accord européen précité stipule, expressément, que l'employeur fournit au télétravailleur les informations écrites pertinentes, conformément à la directive précitée, en particulier les informations relatives aux conventions collectives applicables et une description du travail à réaliser. Les spécificités du télétravail demandent normalement des informations écrites complémentaires sur des questions de nature professionnelle ou personnelle.

De même, pour éviter de multiples litiges, tout contrat de télétravail devra comporter la clé de répartition de la prise en charge des frais afférents à l'installation utilisée, qu'il s'agisse de la voiture bureau-mobile ou des frais, fixes et variables¹²⁹⁰, liés à l'utilisation des télécommunications ; ainsi, en cas de travail à domicile, seule l'installation d'une ligne particulière réservée au télétravail, et donc financée par l'entreprise qui en garde le contrôle, permettrait d'éviter des problèmes mensuels de règlement de factures contestés, mais aussi les

¹²⁸⁶ A ce titre, l'état du télétravailleur mériterait une mention spécifique, expresse dans le registre unique du personnel

¹²⁸⁷ En ce sens, P. LABEAUME, « Le télétravail à domicile, un régime juridique lacunaire », Gaz. Pal. 4 juin 1996

¹²⁸⁸ P. ALIX, « Comprendre et pratiquer le télétravail », Ed. Lamy, Les Echos 2001 : « le statut du travailleur à domicile, qui a été défini il y a fort longtemps pour les couturières à domicile est tout à fait inadapté pour l'immense majorité des télétravailleurs qui disposent d'une autonomie et d'un mode de rémunération qui exclut l'application de ce régime. »

J. E. RAY, « Droit du travail, droit vivant », Ed. Liaisons, 2001-2002, p. 15 : la loi de 1941, rédigée il y a plus de cinquante ans pour des femmes produisant des robes ou des poupées de chiffon, paraît s'appliquer parfaitement au télétravail à domicile.

M. MEUNIER-BOFFA, « Nous sommes passés d'une société dans laquelle le travail à domicile était pratiqué essentiellement par les femmes par nécessité vitale et familiale, à une société où pour être reconnu socialement, il fallait travailler en dehors de la maison. Désormais, nous nous orientons vers un troisième type de société dans laquelle les salariés tant homme que femme accordent une importance croissante à leur qualité de vie et privilégient le travail choisi au travail pour lequel ils ont été formés. »

¹²⁸⁹ La CFTC souhaite, quant à elle, que le télétravail soit régi par le statut de salariat : « le télétravailleur est un salarié : à ce titre il dispose des mêmes droits et obligations que tout autre salarié de l'entreprise, compte tenu de la précarité plus importante susceptible de toucher les travailleurs indépendants, nous ne souhaitons pas que le télétravail des salariés puisse évoluer vers ce dernier statut ».

questions relatives au secret des télécommunications et au respect de la vie privée du télétravailleur. L'employeur informera, aussi, le télétravailleur de toute restriction à l'usage des équipements ou outils informatiques, comme l'Internet, et des sanctions en cas de non respect¹²⁹¹.

571. Néanmoins, l'assimilation pure et simple à un travailleur à domicile, en dépit des difficultés susceptibles d'être réglées par ce type de dispositions conventionnelles, peut nuire au développement du télétravail, car il existe des risques non négligeables, dans ce mode de relation virtuelle, de perte ou d'endommagement des données transmises ; si ces risques se concrétisent, ils peuvent causer, à l'entreprise, donneur d'ordres, un préjudice économique sans commune mesure avec les enjeux financiers du télétravail. Les questions de sécurité, d'entretien des installations ou des logiciels anti-virus, revêtent une importance capitale : or, en raison de l'éloignement géographique et de l'indépendance technique du prestataire, le donneur d'ordres n'est pas en situation d'opérer un véritable contrôle.

572. Le télétravail pose également des questions de société ; la situation du télétravailleur est par définition une situation de relatif isolement, même en cas de regroupement dans le cadre d'un télécentre. Certes, les conséquences du travail à distance ne seront pas identiques selon les hypothèses ; travail créatif et à forte valeur ajoutée, ou travail mécanique et répétitif. Le second cas peut très rapidement conduire à une sorte d'isolement professionnel car le lien avec l'entreprise est réduit ; a contrario, pour des cadres, ingénieurs, le risque est minime car les contacts avec le centre de décision seront permanents.

Ainsi, les entreprises s'interrogent, de plus en plus, sur la façon dont il sera possible de manager le travailleur à distance. La mise en place du télétravail doit donc s'accompagner d'une réflexion en profondeur, sur les méthodes de management de l'équipe. Les managers de proximité devront apprendre à fixer des objectifs au télétravailleur, à lui faire confiance.

573. Par ailleurs, le télétravail génère une confusion entre l'espace professionnel et l'espace privé. De fait, l'imbrication, la confusion ou l'identité des espaces professionnels et domestiques marquent l'intrusion du travail dans la sphère privée et l'introduction des NTIC accroît considérablement ces risques, notamment avec les systèmes informatiques qui permettent le maintien de connexions permanentes avec le travailleur à domicile, jetant le

¹²⁹⁰ Voir en ce sens, A. BEREZIAT, J. LAGORCE, N. TURBE-SUETENS, « Travail et activités à distance » : éd. D'organisation, 2000, p. 98

¹²⁹¹ Accord cadre européen préc., art. 5

trouble entre temps de travail, temps d'astreinte et temps de repos, et induisant de nouveaux rapports de dépendance¹²⁹².

Ainsi l'accord-cadre sur le télétravail conclu par les partenaires sociaux de l'Union européenne le 16 juillet 2002¹²⁹³ fait de la vie privée des salariés, travaillant à distance des locaux de l'employeur, un des « *domaines clés exigeant une adaptation ou une attention particulière* ». En pratique, il devrait à terme s'ensuivre, au bénéfice du travailleur à domicile, une séparation physique entre vie privée et vie professionnelle par le recours notamment à des locaux distincts avec des entrées séparées et des horaires réguliers et clairement délimités¹²⁹⁴.

Au niveau national, patronats et syndicats négocient sur le télétravail afin de mieux encadrer cette forme d'organisation du travail et les partenaires sociaux devraient parvenir à un accord, qui permettra de transposer l'accord-cadre européen.¹²⁹⁵

574. Une fois encore, il est permis de s'interroger sur l'effectivité de telles mesures de protection, dès lors qu'elles s'exercent au domicile du travailleur. Le fait de vouloir, nécessairement, faire entrer la relation de travail dans le cadre du salariat conduit, ainsi, à envisager des mesures de protection du salarié qui apparaissent parfaitement théoriques, pour ne pas dire fictives : une approche prospective se doit d'être, à notre sens, plus pragmatique, à l'image des pratiques de nos voisins italiens.

2) L'approche prospective

575. En Italie, le télétravail n'est soumis à aucune législation spécifique. Sa définition actuelle, résultat de nombreuses études socio-juridiques, est basée sur l'existence de deux facteurs : l'un spatial, l'éloignement du siège de l'entreprise, l'autre, matériel, le recours aux nouvelles technologies d'information et de communication.

En règle générale, le télétravail est divisé en cinq catégories juridiques¹²⁹⁶ : le télé-entrepreneur, le télétravailleur indépendant, le télétravailleur parasubordonné, le télétravailleur subordonné à domicile et le télétravailleur subordonné.

Le télétravail comprend un large éventail de modes d'exercice mais ne présente aucun modèle juridique spécifique. Dans les deux premiers cas, nous sommes hors du champ de

¹²⁹² Voir C. REY, « Le travail à domicile », rapport au Conseil Economique et Social : JO 17 févr. 1999, brochure n° 41199-0003

¹²⁹³ Cf supra, Commission européenne : Communiqué de presse, Bruxelles, 16 juill. 2002

¹²⁹⁴ Voir en ce sens, J. E. RAY, « Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », Ed. Liaisons, 2001

¹²⁹⁵ Les syndicats souhaitent voir évoluer surtout le droit au maintien dans l'entreprise du salarié qui souhaite cesser le travail à l'extérieur et des assurances sur les conditions de travail du télétravailleur.

l'action du Droit du travail. Le troisième cas, le plus original, est celui des télétravailleurs entretenant des relations continues et coordonnées avec leurs partenaires économiques communément définies comme une « parasubordination »¹²⁹⁷ dans les termes légaux italiens¹²⁹⁸ ; ce mode de relation de travail est une sous-catégorie du travail en indépendant. Néanmoins, le fait que ce type de travailleur soit intégré au projet d'un entrepreneur tiers, entraînant des inégalités et des faiblesses contractuelles, a poussé le législateur à lui donner certaines garanties spécifiques¹²⁹⁹. Enfin, les deux derniers cas sont entièrement assujettis au Droit du travail.

576. Ainsi, les cinq types de télétravail, de la télé-entreprise à la subordination, prennent place sur une échelle qui varie en intensité, de la totale absence de garanties au travail, dans les deux premiers cas (entrepreneur et travailleur indépendant), aux garanties maximales pour le travailleur subordonné, en passant par les garanties de base pour les travailleurs parasubordonnés. L'existence d'un type de relation de travail, plutôt qu'un autre, dépend de ce que les parties ont voulu obtenir en signant le contrat et du contenu de la relation, établie entre les parties, dans la réalisation concrète du travail, mais, généralement, il n'est pas aisé de prouver l'existence de la subordination, comme l'ont démontré de nombreux travailleurs qui sont allés au tribunal, affirmant avoir « souffert » de contrats de travail en tant qu'indépendants ou parasubordonnés.

C'est pourquoi, en terme de qualification juridique du télétravail, il est nécessaire d'établir des critères de référence : la personnalité du travailleur, la propriété des outils de travail, le lien « on line » entre le terminal et le serveur et, enfin, le degré de dépendance du télétravailleur, dont la totalité, ou plus de la moitié du revenu peut provenir du même donneur d'ordres¹³⁰⁰. Il est important de ne pas tomber dans le piège qui consiste à considérer le télétravail comme une relation de travail autonome, simplement parce qu'il n'existe aucune présence « physique » du travailleur dans l'entreprise ou parce qu'il n'y a aucune contrainte rigide sur les horaires de travail.

¹²⁹⁶ Voir L. GAETA, « La qualificazione del rapporto », edited by « Telelavoro e diritti », Giappichelli, Turin, 1998

¹²⁹⁷ Ut Infra

¹²⁹⁸ Pour un débat légal en Italie sur les thèmes de la parasubordination, voir F. SANTORO PASSARELLI, « Il lavoro parasubordinato », F. ANGELI, 1979 ;

V. BALLESTRERO, « L'ambigua nozione di parasubordinazione », in « Lavoro e diritto », 1989 ;

M. PEDRAZZOLI, « Prestazione d'opera a parasubordinazione », in « Rivista italiana di diritto del lavoro », n. 1/1984

¹²⁹⁹ Ut Infra

¹³⁰⁰ Ces critères ayant pour but d'étudier le caractère économique et existentiel de la subordination n'ont pas tellement suscité l'intérêt du droit du travail italien, mais en Allemagne, il s'est avéré utile de donner aux

577. Ainsi, malgré des avancées significatives, le système juridique italien du travail fondé sur la dichotomie conceptuelle et législative entre travail subordonné et autonome montre lui aussi des signes de fatigue et le télétravail en est un exemple. Il est donc nécessaire de définir une modularisation de protection, en fonction du niveau de dépendance qui sera imposé au travailleur pour l'organisation de son propre travail et chacun devrait contribuer à cette organisation : le législateur, les partenaires économiques et la jurisprudence.

*

* *

578. Cette démarche vaut, aussi, pour la France, qui doit saisir l'opportunité de sortir, avec cette nouvelle forme d'activité, d'un schéma binaire dépassé, opposant salariat et non salariat. Certes, la législation actuelle permet la mise en place d'un tel mode d'organisation du travail, notamment grâce au contrat de travail et à l'accord collectif qui peuvent être aménagés en conséquence¹³⁰¹, néanmoins, lorsque le télétravail concerne des prestataires de haute qualité technique ou intellectuelle, il paraît opportun de réfléchir sérieusement au contrat d'entreprise, en l'aménageant conventionnellement.

Pour de nombreux auteurs, le Droit du travail, pour répondre aux nouvelles formes de travail, se doit d'être un droit inventif¹³⁰², anticipateur¹³⁰³ au service des salariés et des NTIC¹³⁰⁴ ¹³⁰⁵. Certains constatent et déplorent, dans le même temps, qu'il n'existe pas de dispositif légal permettant à une personne de répondre à une offre ponctuelle de travail en qualité d'indépendant ou de tester ses capacités à entreprendre sans créer une véritable entreprise¹³⁰⁶. Les innovations législatives récentes semblent vouloir combler ces lacunes, notamment en facilitant la pluriactivité.

travailleurs parasubordonnés (Arbeitnehmeähnliche Person) les mêmes droits en matière de salaire que ceux établis par les négociations collectives pour les travailleurs subordonnés effectuant les mêmes tâches.

¹³⁰¹ Un consensus semble se dégager sur la nécessité d'une négociation collective au niveau interprofessionnel reprenant les principes de l'accord-cadre. Cette voie permettrait de fixer des règles adaptées à la différence de situation des entreprises. Elle serait également un moyen d'expérimenter les solutions avant une éventuelle reprise législative des principes. Les pouvoirs publics ont un rôle à jouer dans la mise en place de ce cadre : ce n'est pas un rôle moteur mais un rôle d'accompagnement.

¹³⁰² Cf J. E. RAY, « Le télétravail : de la télédisponibilité au retour du travail à domicile »

Il parle « d'une véritable révolution du droit du travail » pour qu'il s'adapte à ce nouveau mode d'activité.

« Certains parlent même de *vide juridique*, comme si cette branche du droit privé n'avait pas été capable de passer des établissements miniers aux sociétés de services informatiques. »

¹³⁰³ Voir M. MEUNIER-BOFFA, « Le télétravail face au droit du travail », Travail et Protection sociale, septembre 2002. Elle préconise un véritable code de bonne conduite du télétravailleur dont la rédaction associerait pleinement les intéressés et leurs employeurs.

¹³⁰⁴ En ce sens, F. RIQUOIR, « Le cybertravail : vers une nouvelle forme d'externalisation », Semaine sociale Lamy, 5 février 2001, n° 1014

¹³⁰⁵ Voir en ce sens, A. PROBST, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail au domicile », Thèse, Paris I, février 2005

¹³⁰⁶ Voir en ce sens, J. GONIE, « Le télétravail en France : les principaux points de la recommandation du Forum des droits sur l'Internet », Droit Social, mars 2005

B- La pluriactivité

La réduction tendancielle de la durée du travail, le développement du temps partiel, plus ou moins choisi, ont changé la donne ; l'aspiration au temps libre, l'affirmation de l'épanouissement individuel, l'accélération de la circulation de l'information facilitent l'exercice d'activités multiples pour beaucoup de nos concitoyens, y compris pour les salariés. Ils conjuguent salariat et hobby, salariat et bénévolat, salariat et activité indépendante ou encore salariat au service d'un employeur et salariat pour un autre. Examinons ces deux derniers cas de figure, au travers du cumul d'emplois (1) et des groupements d'employeurs (2).

1) Le cumul d'emplois¹³⁰⁷

Aujourd'hui, nombreux sont ceux qui ont recours à la pluriactivité ; conçue comme l'exercice plural d'activités de nature professionnelle.

¹³⁰⁷ Voir en ce sens J. SAVATIER, « Interdiction des cumuls d'emploi, une réglementation inapplicable », Dr. Soc. 1989, p. 725

L'auteur s'appuie sur l'exemple d'un cadre d'une entreprise qui avait cumulé ses fonctions avec celles de directeur commercial d'une société ayant pour activité la prospection et la vente de produits « casher ». Cette société avait contracté à son profit, par adhésion à une convention passée entre une association interprofessionnelle et la compagnie d'assurances, une assurance couvrant le risque de maladie ; le salarié bénéficiait ainsi d'une stipulation pour autrui mais l'assureur avait refusé le risque en prétendant que le contrat de travail était nul en application des articles L. 324-2 et L. 324-3 du Code du travail.

La chambre Sociale dans un arrêt du 27 avril 1989, Cass. Soc., 27 avril 1989, dr. Soc. 11 nov. 1989, p. 728, refuse de reconnaître cette nullité, car la violation des textes invoqués résulte de l'accomplissement de travaux au-delà de la durée autorisée, mais non de la conclusion du second contrat. Les deux contrats sont incompatibles, car ils ne peuvent être exécutés simultanément sans violation de la loi, du moins s'il s'agit d'emplois à temps complet. Ils ne sont pas nuls, car, au moment de leur formation, on ignore si le salarié accomplira effectivement une durée de travail excessive.

L'apparition de la Loi ALLEGRE, loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 a sensiblement assoupli les règles de non cohabitation entre secteur public et activité privée.

On peut objecter néanmoins que le travailleur qui s'engage simultanément envers deux employeurs, pour un service dont la durée cumulée dépasse celle que la loi l'autorise à accomplir, commet une faute : il ne peut respecter son double engagement qu'en violant la loi. Ce n'est donc pas sur le terrain de la nullité des contrats, mais sur celui de leur rupture, que l'interdiction du cumul d'emplois produira des effets. Pour ne pas être en infraction, le salarié devra choisir entre les deux contrats, et donc résilier l'un d'entre eux par une démission. Celle-ci est destinée à faire cesser une situation illégale créée par le travailleur lui-même. On peut donc envisager qu'elle engage sa responsabilité envers l'employeur dont il se sépare. En fait, cette responsabilité restera purement théorique. En effet, il est peu vraisemblable qu'un des employeurs réagisse au cumul d'emplois par manque d'information. Seule l'hypothèse d'un travail mal exécuté est possible

Dès lors, l'auteur démontre que la réglementation des articles L. 324-2 du Code du travail est difficilement applicable, voire inutile. « *Mieux vaut sans doute la considérer comme implicitement abrogée et lutter contre les abus possibles des cumuls d'emplois par la simple application du droit commun des contrats...*

Il s'agit de savoir si le second emploi est compatible avec les engagements pris par le salarié à l'égard de son premier employeur. Il n'en est certainement pas ainsi lorsque le second emploi est occupé dans une entreprise concurrente. Que ce soit à titre indépendant, ou comme salarié, un travailleur manque à ses obligations contractuelles en faisant concurrence à son employeur. »

Les combinaisons en sont multiples : activités de même nature ou de nature différente, exercées ou non dans des cadres juridiques différents : cadre à la fois salarial et indépendant (a) ou cadre exclusivement salarial (b)

a- La pluriactivité dans un cadre « mixte »

579. Une personne peut exercer une activité pour le compte d'un employeur et travailler, le reste du temps, pour son propre compte, à titre indépendant, elle a, dès lors, un double statut juridique : le droit du travail sera applicable dans les rapports avec l'employeur, alors que les relations avec les clients seront régies par un contrat d'entreprise de nature commerciale ou libérale. En revanche, l'intéressé ne bénéficie pas d'une double protection sociale ; bien qu'il cotise aux deux régimes sociaux correspondant à ses activités, (régime salarié et régime des travailleurs non-salariés non agricoles), il ne peut prétendre aux droits prévus par l'un et l'autre de ces régimes. Le régime social applicable est celui qui correspond à l'activité exercée à titre principal¹³⁰⁸, par opposition à l'activité occasionnelle, accessoire.¹³⁰⁹

b- La pluriactivité dans un cadre exclusivement salarial

580. Sauf exception, la législation relative au travail salarié n'interdit pas le cumul d'activités. De fait, un même salarié peut avoir plusieurs employeurs avec une seule contrainte légale pour le salarié, concernant son temps de travail : en effet, le cumul d'activités ne doit pas avoir pour conséquence de faire effectuer au salarié un nombre d'heures supérieur à la limite légale existant en matière de durée du travail¹³¹⁰.

Le salarié ne peut en conséquence travailler plus de dix heures par jour, ni plus de 48 h par semaine¹³¹¹. Cependant, il est clair que le cumul de deux emplois, correspondant, chacun, à un travail effectif égal à la durée légale hebdomadaire est incompatible avec l'exécution correcte de la tâche du salarié, mais il est difficile de déterminer à partir de quelle surcharge de travail chez un autre employeur, le salarié exécutera moins bien son obligation à l'égard du

¹³⁰⁸ L'activité principale est l'activité salariée si l'intéressé a accompli au cours de l'année de référence au moins 1200 heures de travail salarié. Le régime applicable est déterminé une fois par an, pour une période allant du 1^{er} juillet au 30 juin de l'année suivante, en fonction de l'activité exercée au cours de l'année civile précédant cette période.

¹³⁰⁹ A titre d'exemple, une personne qui exerce à titre principal une activité d'avocat cotise au régime des indépendants et dispose de la couverture sociale correspondante. Si elle exerce également une activité parallèle d'enseignement de droit dans un cadre salarial, elle devra cotiser sur les revenus tirés de cette activité au titre du régime général de la Sécurité sociale mais sans prétendre au bénéfice des prestations offertes par ce régime.

¹³¹⁰ Voir l'article L. 324-2 du Code du travail : « aucun salarié des professions industrielles, commerciales, artisanales ou agricoles ne peut effectuer des travaux rémunérés relevant de ces professions au-delà de la durée maximale du travail, telle qu'elle ressort des lois et règlements en vigueur dans sa profession. »

¹³¹¹ Cf Art. L. 212-7 du Code du travail

premier employeur¹³¹². Cela relève d'un pouvoir d'appréciation du juge, qui peut s'exercer sans que le législateur intervienne par une réglementation des cumuls¹³¹³.

581. Toutefois, des limites contractuelles peuvent exister, notamment l'obligation de non concurrence¹³¹⁴ ou l'obligation d'exclusivité¹³¹⁵ en vertu de laquelle le salarié s'engagera à être au service exclusif d'un seul employeur. L'effet des clauses d'exclusivité est cependant atténué par le principe de la liberté du travail au bénéfice du salariat, la clause ne sera validée que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹³¹⁶. Est donc abandonnée la disposition stipulant, d'une manière générale, que pendant la durée de son contrat, le salarié s'engage à consacrer tout son temps et toute son expérience au bénéfice de son seul employeur. Il incombe aux parties de définir avec précision les raisons de l'introduction de la clause d'exclusivité, laquelle, restrictive de la liberté des parties et particulièrement des salariés, doit être nécessairement écrite et acceptée pour être opposable au salarié¹³¹⁷.

De manière logique, la Cour de cassation¹³¹⁸ annule la clause d'exclusivité si elle affecte des contrats de travail à temps partiel : la clause d'un contrat de travail par laquelle un salarié s'engage à travailler pour un employeur à titre exclusif, et à temps partiel, ne peut lui être opposée et lui interdire de se consacrer à temps complet à ses activités professionnelles¹³¹⁹. Le salarié pourra, alors, obtenir la réparation du préjudice ayant résulté pour lui de cette clause illicite.

¹³¹² Qu'en est-il de la prohibition du cumul d'emploi ? CF A. DORANT, « Des limitations du cumul d'emplois et des clauses d'exclusivité en cas de travail chez un ou plusieurs employeurs », JSL, n° 145, 11 mai 2004
« Le cumul d'emploi pour les salariés du secteur privé est prohibé par le Code du travail au-delà de la durée maximale du travail. Il faut savoir néanmoins que le juge civil quand il est saisi cherche à en atténuer les conséquences. »

¹³¹³ Voir B. TEYSSIE, « L'interlocuteur des salariés », Dr. Soc., 1982, p. 41

¹³¹⁴ Ut supra, 1^{ère} partie

¹³¹⁵ Voir en ce sens, A. DORANT, op. cité

Si l'employeur entend se réserver le « monopole » du salarié, une sage précaution ne consisterait-elle pas plutôt à insérer dans le corps du contrat de travail une disposition imposant un lien exclusif. Le législateur est quasi silencieux ; seul l'article L. 122-28-5 du Code du travail précise que le salarié en congé parental d'éducation ou qui travaille à mi-temps pour élever un enfant ne peut exercer, par ailleurs, aucune activité professionnelle autre que des activités d'assistantes maternelles. Ainsi, en dehors de cette situation particulière, aucune interdiction d'avoir une autre activité, en l'occurrence salariée, ne pèse sur un salarié, que son contrat soit en cours d'exécution normalement ou bien même que son exécution en soit suspendue pour une raison ou pour une autre hormis celle précitée.

¹³¹⁶ Cass. Soc., 11 juill. 2000, n° 98-40. 143, Bull. Civ. V, n° 276

¹³¹⁷ Cf Cass. Soc., 10 nov. 1998, n° 96-44. 308, Bull. Civ. V, n° 484

¹³¹⁸ Cass. Soc., 9 juill. 2003, n° 01-43. 116, JSL, 4 nov. 2003, n° 133-33

¹³¹⁹ Cass. Soc., 25 févr. 2004, n° 01-43. 392, JSL, 27 avr. 2004, n° 144-3

Pour être complet, il convient de rappeler que la loi du 1^{er} août 2003¹³²⁰, pour l'initiative économique, rend inopposable, à un salarié désireux de créer, ou reprendre une entreprise, à l'exception des VRP, la clause d'exclusivité existant dans son contrat de travail. L'exercice d'activités multiples se retrouve aussi dans les groupements d'employeurs.

2) Les groupements d'employeurs¹³²¹

582. La naissance des groupements d'employeurs (GE) a résulté, en 1985,¹³²² d'un double constat :

- les entreprises de faible dimension hésitent parfois à embaucher un salarié, faute d'avoir un besoin suffisant pour pourvoir un emploi à temps complet¹³²³ ;
- certaines demandes saisonnières de main d'œuvre existent réellement dans certains secteurs d'activités (ainsi dans la branche de l'agriculture), mais varient d'une exploitation à l'autre ; il est alors difficile d'y remédier par le recours aux contrats à durée déterminée ou aux travailleurs temporaire. Cependant, il est apparu nécessaire de soumettre la création et l'action de ces groupements à des normes précises, pour éviter d'aboutir à un développement en marge de l'intérim, préjudiciable aux salariés¹³²⁴.

Nous examinerons, successivement, le régime juridique de ces groupements (a), puis leur poids économique (b).

a- Le régime juridique

583. Les groupements d'employeurs, créés par la loi en 1985 pour les besoins du secteur agricole, sont des associations à but économique, qui emploient des salariés travaillant à temps partagé auprès des entreprises adhérentes du groupement. Ces personnes sont salariées du groupement et, en règle générale, en contrat à durée indéterminée. Quant à la forme, les

¹³²⁰ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003

¹³²¹ B. TEYSSIE, « Les groupements d'employeurs » Dr. Soc., février 1986, p.85

« La constitution de groupements d'employeurs, appelés à recruter des salariés ensuite mis à la disposition de leurs membres, alimente l'espoir d'embauches nouvelles, de réductions supplémentaires de la durée du travail, de nouveaux modes de traitement des « pointes d'activités »...tout en offrant aux travailleurs recrutés l'espérance d'un emploi stable- que n'ont guère les titulaires ordinaires de contrats à durée déterminée ou les travailleurs temporaires- et d'une plénitude d'activité que ne peuvent atteindre les travailleurs à temps partiel, sauf à être simultanément liés à plusieurs employeurs. »

¹³²² Loi n° 85. 772 du 25 juillet 1985

¹³²³ Voir en ce sens, Projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social : Doc. AN 1984-1985, 2^e S°, Sénat Q. 31 mars 1994, p. 738 « alors même qu'elles en auraient un réel besoin, soit pour effectuer un travail ne nécessitant pas l'emploi d'un salarié à temps complet, soit pour permettre une véritable réduction de la durée du travail de leurs salariés permanents sans pour autant compromettre le fonctionnement de l'entreprise et notamment remettre en cause les heures d'ouverture au public »

¹³²⁴ Voir en ce sens, J.P. SUEUR, JOAN CR 23 mai 1985, p. 1090, 1^{ère} col. ; J. FRAYSSE-CAZALIS : JOAN CR 23 mai 1985, p. 1139, 1^{ère} col.

groupements doivent être organisés en associations déclarées, régies par la loi du 1^{er} juillet 1901 ou en coopératives^{1325 1326}. Ainsi constitués, ces groupements de personnes physiques ou morales ont pour but de mettre à la disposition de leurs membres des salariés liés à ces groupements par un contrat de travail et d'apporter, à leurs membres, aide au conseil en matière d'emploi ou de gestion des ressources humaines ; ils ne peuvent effectuer que des opérations à but non lucratif¹³²⁷, ce qui les distingue des entreprises de travail à temps partagé¹³²⁸.

Les travailleurs recrutés sont exclusivement mis à la disposition des membres du groupement qui les emploie, conformément à la logique des institutions.

Concernant les modalités d'exercice, les règles sont souples, qu'elles touchent aux motifs d'utilisation des salariés, à la durée de la mission confiée (durée déterminée ou indéterminée), à la fréquence des missions confiées au salarié¹³²⁹, ou au lieu d'exécution du travail... : aucune disposition légale ne réglementant la convention de mise à disposition passée entre le groupement et ses membres, c'est le droit commun des obligations qui s'applique. Les groupements peuvent, indifféremment, rassembler personnes physiques ou personnes morales et des activités de nature différente : libérale, commerciale, industrielle, agricole, quelle que soit leur forme juridique.

584. En principe, tous les membres d'un même groupement doivent entrer dans le champ d'application d'une même convention collective¹³³⁰ ; cependant la loi autorise la constitution d'un groupement d'employeurs entre des personnes physiques ou morales, relevant de conventions collectives différentes¹³³¹. Dans ce cas, au moment de la formation du groupement, la convention collective qui lui sera applicable doit être désignée.

¹³²⁵ Cf art. L. 127-1 al. 2 du Code du travail, dans la rédaction modifiée issue de la loi PME du 2 août 2005

¹³²⁶ La déclaration d'association doit être effectuée à la préfecture ou à la sous-préfecture dans le ressort du siège social du groupement et doit indiquer le titre et l'objet du groupement, le siège des établissements et les noms, professions, domiciles et nationalités des personnes chargées de son administration ou de sa direction. Elle doit également faire l'objet d'une publicité au Journal officiel.

¹³²⁷ Quatre étapes dans la mise en place :

-1985 : création de la notion de groupement d'employeurs dans l'agriculture pour les exploitations de moins de 10 salariés.

-1993 : passage du seuil de 10 à 300 salariés pour l'adhésion à un groupement d'employeurs et élargissement du concept à d'autres secteurs d'activités

-2000 : les entreprises de plus de 300 salariés peuvent adhérer à un groupement d'employeurs si un accord d'entreprise est conclu.

-2005 : les groupements peuvent se constituer en coopératives et donner des conseils en matière d'emploi et de GRH à leurs membres ; les accords collectifs sont facilités pour les groupements multi-sectoriels.

¹³²⁸ Ut Supra

¹³²⁹ Il peut y avoir des périodes pendant lesquelles le salarié recruté par un groupement d'employeurs en vue d'opérations de mise à disposition ne soit pas effectivement utilisé ; de fait le groupement n'est pas dans l'obligation de le rémunérer. Il pourra alors prétendre au versement d'allocations de chômage partiel.

¹³³⁰ En vertu de l'article L. 127-1, alinéa 1 du Code du travail

¹³³¹ En vertu de l'article L. 127-7 du Code du travail

585. On identifie aujourd'hui trois types de groupements d'employeurs :

- les groupements d'employeurs agricoles qui ne s'adressent qu'au secteur agricole. Ce sont pour la plupart des groupements d'employeurs qui emploient peu de salariés (souvent un salarié qui se partage sur trois exploitations). Le secteur agricole a créé également les « services de remplacement » qui sont des groupements d'employeurs, permettant à l'exploitant de se faire remplacer en cas d'accident de travail, de congés ou de maladie ;
- les groupements d'employeurs, pour l'insertion et la qualification, qui se donnent pour mission l'insertion et/ou la qualification professionnelle de demandeurs d'emploi dépourvus de qualification : jeunes, chômeurs de longue durée, bénéficiaires du RMI. La finalité d'un tel groupement est de privilégier le projet professionnel et la qualification du salarié pour l'amener à un emploi stable, le plus souvent dans l'une des entreprises adhérentes ;
- les groupements d'employeurs mono ou multisectoriels qui regroupent des entreprises, associations ou personnes physiques dans le champ d'une même convention collective (mono sectoriel) ou non (multisectoriel).¹³³²

586. En pratique, les groupements d'employeurs recrutent leurs salariés à 40 % par l'intermédiaire des entreprises adhérentes, à 30 % par l'ANPE et à 30 % par candidatures spontanées. Le statut des salariés, assez atypique, est voisin de celui des intérimaires. Comme tout prêt de main d'œuvre, les groupements d'employeurs ont vocation à procéder au recrutement de salariés, mis ensuite à la disposition des membres de l'association ; la relation triangulaire s'établit entre le groupement, employeur de droit, les entreprises adhérentes utilisatrices de main d'œuvre, employeurs de fait, et le salarié mis à disposition.

Concernant le formalisme du contrat de travail, conclu avec un groupement d'employeurs pour l'accomplissement de missions auprès de ses membres, la loi impose un écrit, avec diverses mentions obligatoires : conditions d'emploi, rémunération¹³³³, qualification du salarié, liste des utilisateurs potentiels, lieux d'exécution du travail.

La particularité de ce type de relation triangulaire réside dans le fait que l'employeur, c'est-à-dire le groupement, a vocation à détacher auprès de ses membres les salariés recrutés à cet

¹³³² Les groupements d'employeurs multisectoriels sont encore jeunes, puisqu'ils sont nés en 1993. Il en existe près de 400 à ce jour, en France, qui représentent plus de 6 000 salariés ; ils permettent à des entreprises de secteurs différents de mutualiser leurs besoins en main d'œuvre et de fidéliser les salariés.

La récente loi en faveur des PME, loi n° 2005-896 du 2 août 2005 vise à faciliter, au sein de tels groupements, la conclusion d'accords collectifs, cf l'article L. 127-8 nouveau du Code du travail.

¹³³³ Si le groupement se révélait incapable d'exécuter ses obligations financières, ses salariés pourraient agir en paiement contre l'un quelconque de ses membres, solidairement tenus des dettes contractées à l'égard de cette catégorie de travailleurs.

effet. Etranger, en droit, à l'entreprise utilisatrice, le salarié mis à sa disposition par un groupement d'employeurs, y déploie cependant, en fait, son activité professionnelle¹³³⁴.

Beaucoup de salariés font part d'un besoin de structuration, de clarification des groupements d'employeurs en termes de négociation salariale, de politique de rémunération ; ils ressentent parfois, en ce domaine, un sentiment d'injustice par rapport aux salariés des entreprises pour lesquelles ils travaillent, c'est à n'en pas douter, une des motivations de l'intervention récente du législateur, en vue de faciliter la conclusion d'accords collectifs.

b- Le poids économique

587. Force est de constater que cette création, pourtant innovante¹³³⁵, n'a pas reçu le succès qu'attendait le législateur. Les groupements d'employeurs ne rassemblent que des entreprises de taille fort modeste, rarement dotées de moyens ou d'installations significatifs, aussi, la portée réelle de ce dispositif semble peu conséquente, montrant que les notions de pluriactivité ou de temps partagé ne sont pas encore réellement entrées dans les mœurs des chefs d'entreprise. Cependant, une organisation patronale, connue pour la qualité et l'originalité de ses travaux, en matière sociale, s'est intéressée aux groupements d'employeurs, structure de travail encore mal connue¹³³⁶.

588. L'enquête, menée par le CJD auprès de ses adhérents¹³³⁷, fournit des résultats intéressants : 70 % des entreprises interrogées emploient du personnel à temps partiel et 30 % du personnel saisonnier et, parmi ces personnes, 37 % ont été identifiées par les dirigeants comme souhaitant travailler à temps plein. Par ailleurs, 54 % des entreprises auraient besoin de créer des temps partiels ou saisonniers, si elles en avaient facilement la possibilité. Les obstacles au recrutement à temps partiel, sont la crainte de ne pas pouvoir fidéliser les salariés sur ce type d'emploi et de ne pas trouver les compétences, les personnes qualifiées étant présumées se trouver vers un travail à temps plein.

¹³³⁴ Les termes utilisés par le législateur sont alors proches de ceux retenus pour le traitement des rapports noués par le travailleur temporaire avec l'utilisateur.

¹³³⁵ Voir en ce sens, B. TEYSSIE, op.cité

« Soucieuses de garanties pour les salariés en même temps que de souplesse pour l'entreprise, les mesures relatives aux groupements d'employeurs méritent assurément attention. Même si les risques d'échec ne sont pas négligeables, l'innovation mérite d'être saluée. »

¹³³⁶ CJD, « Les groupements d'employeurs : une innovation pour créer des emplois et développer les PME », juin 2004

S. BREUZARD, président national de CJD *« Les groupements d'employeurs ne sont pas la solution à tout. Ils montrent simplement qu'en s'appuyant sur la réalité, on peut inventer de nouveaux modes d'organisation efficaces. Ils nous font voir l'emploi autrement. »*

¹³³⁷ Enquête réalisée en février 2004 auprès de 192 chefs d'entreprise. L'échantillon de répondants recouvre la typologie des entreprises propre au CJD avec un axe fort sur les PME et TPE et sur les activités de service. Il est également représentatif du tissu d'entreprises françaises sous l'angle des effectifs et des secteurs d'activité.

Ceci revient à dire que plus des trois quarts des dirigeants ne reconnaissent pas le temps partiel comme un mode de travail « normal » et efficace, surtout s'il s'agit de pourvoir des postes à responsabilité ou requérant des compétences particulières. De même, près de la moitié des employeurs consultés déclare connaître assez mal le fonctionnement des groupements d'employeurs et, seulement un quart d'entre eux, distingue clairement groupement d'employeurs, société de portage, ou de travail à temps partagé, société d'intérim ; enfin 14 % d'entre eux ont, un jour, adhéré à un groupement d'employeurs.

589. Par ailleurs, le groupement d'employeurs ne peut concerner qu'un bassin d'emploi¹³³⁸ car les entreprises où travaillent ses salariés ne doivent pas être trop éloignées les unes des autres. De facto, le groupement d'employeurs peut participer activement à la formation et au maintien sur place d'une main d'œuvre locale, qualifiée et polyvalente, qui est un facteur d'attractivité pour les entreprises. Il met également en relation les entreprises d'un même territoire et aide, de ce fait, à la constitution de réseaux de coopération dont l'activité rejaillit également sur l'activité économique locale.

590. Les groupements d'employeurs peuvent être des atouts pour le développement des PME et de l'emploi, car ces dernières emploient peu de cadres, lesquels constituent un investissement financier essentiel et un risque important, notamment si la personne quitte l'entreprise six mois après son intégration. Or, la formule du groupement d'employeurs permet de créer des postes de bon niveau, à temps partiel, pour des ingénieurs, des spécialistes export, des responsables des ressources humaines... et ce à un coût adapté, l'engagement en contrat à durée indéterminée et l'accompagnement effectué par le groupement pérennisant l'emploi. Le groupement peut donc être un outil qui va permettre, effectivement, au territoire de garder ses savoirs pour assurer son développement économique et social.

591. En pratique, le peu d'intérêt pour ces structures résulte surtout d'une insuffisance d'information ; le groupement d'employeurs, dispositif encore jeune, n'a jamais bénéficié de promotion officielle de la part de l'Etat ou des administrations qui en connaissent d'ailleurs à

¹³³⁸ Voir en ce sens, T. CHEVALLEREAU, « Les groupements d'employeurs, un outil du développement de la région Poitou-Charentes », Revue des Dirigeants, n° 59, juillet 2004.

Le directeur du centre de Ressources des Groupements d'employeurs de Poitiers préconise une ouverture des groupements sur le développement des bassins d'emplois à l'échelle européenne.

De même, une initiative paritaire a doté la région Poitou-Charentes d'une plate-forme destinée à développer et accompagner les groupements d'employeurs. Ce centre est le fruit d'une véritable démarche territoriale visant à consolider les partenariats et organiser des échanges entre des représentants de structures peu enclins à se rencontrer et pourtant confrontés à des problématiques identiques. C'est un réseau de 300 groupements à vocation agricole et d'une quarantaine de groupements économiques.

« Nos missions sont d'une part la promotion et le développement des groupements, et d'autre part, l'accompagnement des groupements existants par une mise en réseau des informations et des ressources et une mutualisation des expériences. »

peine l'existence et encore moins le mode de fonctionnement. La conséquence la plus grave de cette méconnaissance est qu'aux yeux de l'Administration, cette structure floue, mi-association, mi-entreprise, est traitée avec méfiance.

Le bon fonctionnement des groupements d'employeurs pâtit donc d'une certaine instabilité juridique, due plus à l'interprétation des textes qu'aux textes eux-mêmes, et se voit souvent soumis à des contraintes plus rigoureuses qu'une entreprise classique. La difficulté à changer ses habitudes, face à une structure innovante, n'est pas l'apanage des administrations : dirigeants et salariés ont coutume de raisonner en fonction de structures closes et verticales, or, un groupement est un ensemble ouvert d'entreprises. Le salarié est payé par une entité où il ne travaille pas et il travaille dans des entités auxquelles il n'est relié que par un lien hiérarchique lâche : les points de repère traditionnels du salariat, que sont la subordination et l'appartenance, s'estompent donc fortement, ce qui peut faire peur au chef d'entreprise et au salarié, mais aussi au législateur et aux syndicats qui ont le sentiment de perdre le contrôle de la situation.

592 La reconnaissance des groupements d'employeurs nécessite donc, aussi, un changement de mentalité, une sorte de révolution culturelle, qui permettent d'organiser clairement la multiappartenance et rendent naturelle et acceptable la constitution de liens multiples entre individus et entreprises, sans s'inscrire nécessairement dans le cadre rigide d'un Droit du travail, arc-bouté sur l'état de subordination.

Cependant, le groupement d'employeurs est une structure de coopération qui a besoin, plus que toute autre, de se doter dès le départ de règles de fonctionnement claires et d'un cadre éthique général, sans lesquels il ne pourra éviter les dérives, les abus, les adhésions opportunistes qui se feront au détriment des salariés ou des autres adhérents. Le contrat négocié entre les différents partenaires peut compléter, de manière harmonieuse, les dispositifs inhérents au seul Droit du travail et faire, de ces groupements, une arme nouvelle face au chômage¹³³⁹, mais encore faut-il que les acteurs économiques intègrent la nécessité de faire cohabiter contrat de travail et d'entreprise.

Les innovations, qui en résulteront, vont affecter, les différentes dimensions de l'exercice du travail ainsi que la définition du contrat de travail¹³⁴⁰ et son positionnement a

¹³³⁹ Afin de s'en convaincre, il suffit d'évaluer le nombre d'offres d'emploi à temps partiel en France déposée à l'ANPE : 640 000 en 2003 et de mettre en regard le faible nombre de ces emplois réellement pourvus - à peine le tiers - , pour constater qu'il y a une véritable opportunité.

¹³⁴⁰ Voir en ce sens, S. BONNIVERT, B. ROVIVE, V. XHAUFLAIR « Nouvelles formes de travail et relations sociales : la montée des « faux salariés », études réalisées par le Lentic (université de Liège), [www. Relier.org](http://www.Relier.org).
« Douze études de cas réalisées par le Lentic, dans le cadre d'un projet européen sur la responsabilité du lien social dans l'entreprise réseau font apparaître un décalage grandissant entre les situations de travail au sein de

côté d'autres formes d'activités. Il semblerait que le législateur, de plus en plus imprégné de pragmatisme, soit décidé à faciliter ces changements juridiques.

II- Le législateur facilite le changement de statut

593. L'essor du travail indépendant ou semi-indépendant suppose de ménager des transitions d'une situation professionnelle à une autre et, donc, de faciliter le changement de statut juridique, pour ne pas décourager les salariés désireux de tenter l'aventure de l'entrepreneuriat. S'est ainsi esquissée une reconnaissance de droits de l'entrepreneur, qui ne concernent pas le seul Droit du travail mais aussi la Sécurité sociale, la Formation professionnelle, le Droit fiscal.

La liberté du travail est, alors, considérée comme un droit concret, que la loi doit non seulement, permettre, mais dont elle doit faciliter l'exercice. Une des dimensions majeures de cette liberté est de pouvoir expérimenter au cours de sa carrière, différentes situations professionnelles (salarié, entrepreneur, travailleur indépendant ou semi-indépendant), tout en étant assuré d'une certaine continuité de ses droits sociaux¹³⁴¹.

Cette logique tend à redonner vigueur au statut non-salarié, s'efforçant de ne pas pénaliser les salariés, s'ils viennent à quitter un travail dépendant pour créer (A) ou reprendre (B) une entreprise.

A- Le soutien à la création d'entreprise par des salariés

Ce soutien a été instauré par différentes lois (1) ; l'appui peut également provenir de la pratique, par laquelle une entreprise favorise le départ de ses salariés pour créer ou reprendre une entreprise, que l'on nomme essaimage (2).

ces nouvelles formes organisationnelles et les déterminants du contrat de travail. Elles montrent que ces évolutions complexifient les situations de travail, brouillent les repères et les frontières habituels des organisations. »

1) Les dispositifs légaux

Sous l'impulsion de ministres soucieux de promouvoir l'initiative privée¹³⁴², en facilitant la création d'entreprises¹³⁴³, de nombreuses mesures, touchant à plusieurs domaines du Droit, ont été prises ; nous nous bornerons, dans le cadre de notre étude, à évoquer les dispositifs favorisant le passage d'un statut salarié à un statut d'indépendant, en distinguant les salariés du secteur public (a) et les salariés du secteur privé (b)

a- La loi du 12 juillet 1999¹³⁴⁴ sur l'Innovation et la Recherche

594. Ce dispositif, connu comme la loi ALLEGRE, visait à améliorer les performances de la recherche appliquée en France, en permettant aux chercheurs de la Fonction Publique de poursuivre, dans un cadre de droit privé, des travaux susceptibles de déboucher sur des applications industrielles ou commerciales. Fortement inspirée par les synergies entre universités et entreprises américaines, qui ont fait le succès de la mythique « Silicon Valley », la loi votée le 12 juillet 1999 permet, et facilite, le passage d'un statut de fonctionnaire public à un statut non-salarié de droit privé. Ainsi, un chercheur peut, désormais, participer en tant que dirigeant ou associé à la création d'une société, et il dispose d'une période de six années, au cours de laquelle il lui est possible de revenir dans son ancien poste au sein de la Fonction Publique.

De même, durant la phase de démarrage et de lancement, son établissement d'origine a la possibilité de prendre en charge son salaire. Cette fluidité, dans la succession de statuts juridiques différents, avec une possibilité éventuelle de retour au statu-quo-ante, s'accompagne de dispositifs d'appui à la création d'entreprise par des chercheurs : concours national d'aide à la création d'entreprises innovantes, fonds d'amorçages, incubateurs d'entreprises¹³⁴⁵.

Dans notre société où la Fonction publique tient une place de premier ordre, la création de passerelles avec le secteur privé, et notamment avec le statut de travailleur indépendant,

¹³⁴¹ Ut infra : le droit de l'activité professionnelle

¹³⁴² il est permis de constater que les lois, facilitant la création, ont été proposées et préparées sans distinction de couleur politique des gouvernements ; du projet DELORS au projet JACOB, en passant par les textes MADELIN, ALLEGRE ou DUTREIL, toutes les interventions législatives, au cours des deux dernières décennies, ont visées, de manière récurrente et constante, à atteindre le même but.

¹³⁴³ D'après l'APEC, en 2004, 224 000 entreprises ont été créées, les cadres représentant un quart des créateurs.

¹³⁴⁴ Loi n° 99-587 du 12 juillet 1999

¹³⁴⁵ Selon Les Echos, 11 juin 2003, ce texte a multiplié par quatre les créations d'entreprises innovantes issues de la recherche publique

démontre le besoin que rencontrent certains « travailleurs du savoir¹³⁴⁶ » de sortir du cadre salarial pour assurer leur épanouissement professionnel.

b- La loi du 1^{er} août 2003¹³⁴⁷, pour l'initiative économique

~~595~~ Parmi les nombreux textes publiés¹³⁴⁸, s'intéressant au sort de la création d'entreprise, la loi DUTREIL multiplie les règles visant à faciliter le passage du statut de salarié à celui de chef d'entreprise, en permettant, notamment, une période de transition en bi-activité : le salarié, nonobstant une éventuelle clause d'exclusivité dans son contrat, peut ainsi obtenir un temps partiel, pour avancer son projet personnel, signer avec une entreprise un contrat d'accompagnement ou s'intégrer dans une couveuse d'entreprise. De même, des dispositifs temporaires permettent, au créateur, d'avoir une exonération de cotisations sociales, s'il demeure salarié, voire de conserver le bénéfice des allocations chômage, ou encore de reporter les charges sociales, exigibles au titre de la première année d'activité, sur cinq années¹³⁴⁹. Ces dispositions sont complétées par des règles diverses, touchant à la limitation de la responsabilité du créateur. L'entreprise peut, elle-même, inciter son cadre à créer sa propre entreprise par l'intermédiaire de l'essaimage.

2) L'essaimage

~~596~~ L'essaimage est, souvent, présenté comme la création d'une entreprise nouvelle par une ou plusieurs personnes qui ont quitté leur entreprise, ou leur centre de recherche d'origine, avec l'existence d'un lien formel ou d'influence entre ces deux entités. L'essaimage implique donc la création d'une entité nouvelle qui est juridiquement et financièrement autonome de l'entreprise d'origine¹³⁵⁰.

La notion évoque le soutien apporté par une société à ses salariés pour la création d'une entreprise, sous la forme d'informations, d'accompagnement méthodologique et technique, de formations, d'appuis logistiques, voire d'un soutien financier¹³⁵¹.

¹³⁴⁶ L'expression créée, en 1959 par l'américain P. DRUCKER, a été reprise par de nombreux auteurs ; parmi les ouvrages les plus récents, cf J.P. BOUCHEZ, « Les nouveaux travailleurs du savoir », Ed. Organisation, 2004

¹³⁴⁷ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003

¹³⁴⁸ Dans les plus récents : loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 sur le dialogue social et la formation professionnelle : loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des PME

¹³⁴⁹ Voir G. AUZERO, « Transition entre le statut de salarié et celui d'entrepreneur », Bull. Joly Sociétés, août - septembre 2003

¹³⁵⁰ Voir en ce sens, J. BERTHERAT, « Création, reprise d'entreprise et essaimage », Dr. Soc., févr. 1994, n° spécial relatif à la « loi quinquennale », p. 115 et s.

¹³⁵¹ En janvier 2003, 45 % des salariés envisageaient de créer leur propre activité ; en 2004, environ 50000 entreprises créées sont le fait de salariés et 15000 d'entre-elles sont issues d'un essaimage, soit 8, 5 % du total des créations.

597. On distingue souvent plusieurs types d'essaimage. Dans l'essaimage spontané, le départ du salarié pour créer son entreprise s'effectue indépendamment de toute politique d'essaimage menée par son entreprise. Dans l'essaimage stratégique, il s'agit de la création d'une entreprise nouvelle, sur la base d'un projet initié dans l'entreprise essaimante, laquelle a choisi de ne pas le développer en interne.

L'essaimage peut prendre trois formes, ayant chacune une optique et un coût variable pour l'entreprise :

- L'essaimage de restructuration s'inscrit dans une problématique de gestion de ressources humaines de l'entreprise : un consultant extérieur assure généralement un suivi durant deux ans à compter de la création.

- L'essaimage d'externalisation consiste à créer des entreprises pour les activités en cours d'externalisation.

- L'essaimage de compétitivité vise à créer des entreprises dans des domaines complémentaires à l'activité principale.

L'essaimage s'est souvent mis en place dans une approche ressources humaines, de par les plans sociaux, devenus plans de sauvegarde de l'emploi¹³⁵². De manière plus récente, il traduit aussi une recherche de valorisation financière des savoir-faire, parfois combinée avec des considérations ressources humaines¹³⁵³ et une prise en compte de responsabilités sociétales. Ainsi, en se généralisant, l'essaimage devient progressivement un acte naturel et de mieux en mieux connu. Il accède à la qualité de vecteur d'image et donc d'objet de communication, externe ou interne, même s'il souffre, encore, d'une connotation « dégraissage » ou reste, pour certains, un phénomène marginal ou inadapté¹³⁵⁴.

Les syndicats manifestent généralement une attitude d'ouverture, acceptant les accords sur l'essaimage¹³⁵⁵.

Les pratiques d'essaimage constituent un puissant levier de la création d'entreprises et les entreprises essaimées ont généralement un taux de réussite à cinq ans supérieur.

CF « Les français et la création d'entreprise », IFOP, janvier 2003

¹³⁵² 75 % des essaimages sont effectués dans le cadre de sureffectifs ou de plans de sauvegarde de l'emploi. Le volet essaimage est devenu de fait obligatoire et les organisations syndicales sont exigeantes sur cette mesure.

¹³⁵³ L'essaimage peut devenir un outil de gestion des carrières car les DRH sont très sensibles à la gestion des compétences et détectent que nombre de salariés ont des profils d'entrepreneurs.

¹³⁵⁴ Conscients de ce handicap d'image, plusieurs grandes entreprises ont constitué une association, qui, sous le vocable DIESE, réunit 15 groupes dont Air France, Aventis, EDF, La Poste, Renault, Sanofi, France Telecom... Ces entreprises ont promulgué une charte qui mentionne leur attachement à quatre principes :

- Respect de la confidentialité de la démarche des entrepreneurs,
- Principe de « faire-faire » et de responsabilisation des porteurs de projets,
- Exigence d'une démarche volontaire,
- Nécessité d'un suivi post création.

¹³⁵⁵ Charte en vigueur chez AVENTIS qui date de RHONE POULENC (1985) ; accord de méthode EADS ; accord sur la mobilité d'EDF ; statut des personnels navigants d'Air France.

Ce constat est encourageant, dans une optique de « respiration » du secteur salarié, d'autant que la restauration récente de la présomption de non salariat par la loi DUTREIL, réduit sensiblement le risque de requalification, en contrat de travail, des accords d'essaimage.

B- Le soutien à la transmission vers les salariés

~~598~~ Si l'on fait abstraction du système, spécifique et marginal dans son utilisation, des sociétés coopératives ouvrières de production¹³⁵⁶ qui a permis, essentiellement, la reprise d'activités en difficultés, jugées insuffisamment rentables pour des interventions classiques, la première intervention législative en vue de favoriser la reprise d'entreprises par des salariés, a été la loi du 9 juillet 1984 sur le développement de l'initiative économique, qui a introduit en France, le système dit de R.E.S. (reprise d'entreprise par les salariés), en adaptant la formule anglo-saxonne du LMBO (Level Management By Out) qui utilise la technique juridique de la société holding, en vue du rachat de l'entreprise par ses cadres, et plus largement par ses salariés.

Le soutien passe par un accompagnement fiscal et financier (1) et une assistance à la gestion (2).

¹³⁵⁶ Le statut général de la coopération remonte à la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 et celui des SCOP à la loi n°78-763 du 19 juillet 1978

Ce dispositif vise à donner aux salariés de l'entreprise le pouvoir de décision et à leur conférer, collectivement, les prérogatives de l'entrepreneur, il constitue une démarche originale et innovante, qui dépasse le clivage traditionnel entre travail dépendant et indépendant. Même s'il existe des entreprises, organisées en SCOP, qui ont assuré leur pérennité, force est de constater qu'en cas de difficultés économiques, la démocratie participative s'accommode assez mal des mesures de suppression d'emploi, souvent incitatives pour sauver l'entreprise.

Néanmoins, le réseau coopératif est dynamique et fournit une assistance efficace aux salariés candidats à une création, en leur apportant un soutien fort, dans la structuration de leur projet. Sur ce point, il faut saluer la démarche innovante des coopératives d'activité, qui, outre un accompagnement, destiné à aider le candidat créateur dans l'élaboration et le mûrissement de son projet d'entreprise, lui offre un statut de salarié, pendant la réalisation de ses premières missions. Il s'agit, donc, à la fois, d'un rôle d'incubateur d'entreprise et de portage salarial sur le sujet, voir « Des coopératives pour futurs entrepreneurs », dans La Tribune du 13 septembre 2004, Le témoignage d'un intervenant d'Azimut, première coopérative d'activités en Belgique, « Les personnes qui viennent chez nous se comportent comme des indépendants même si elles sont salariées... » [www. Ulb. Ac.be /esprit libre](http://www.Ulb.Ac.be/esprit libre)

1) L'accompagnement fiscal et financier

599. La transmission au personnel de l'entreprise, même si la reprise par les salariés n'est pas réellement entrée dans les mœurs¹³⁵⁷, représente souvent une solution logique, tant au plan économique, car les salariés ont une bonne connaissance de l'entreprise et leur implication au capital est un facteur-clé de motivation, qu'au plan humain, parce qu'elle assure la promotion dans l'entreprise de ceux qui y travaillent.

Malheureusement, elle se heurte, souvent, à des problèmes financiers, car lorsque l'entreprise est rentable, et donc chère, l'apport des fonds propres par les cadres et les salariés est souvent insuffisant, face à la force capitalistique des investisseurs traditionnels.

L'apport principal de la loi sur le R.E.S (reprise d'entreprise par les salariés)¹³⁵⁸ consistait à offrir aux salariés repreneurs, une aide fiscale, sous forme d'économie de remboursement de la dette d'acquisition. Cette aide fiscale a été, également, l'objet d'une des dispositions de la récente Loi DUTREIL (réduction d'impôt égale à 25 % des intérêts versés au titre de la dette de rachat d'une entreprise)¹³⁵⁹. En complément du volet fiscal, l'Etat, les Collectivités locales, les Chambres de Commerce et d'Industrie, les chambres des Métiers ont mis en place des dispositifs d'aides au financement (garantie SOFARIS - Sociétés régionales de capital-risque-subventions), en vue de faciliter le bouclage financier des dossiers de reprise.

2) L'assistance à la gestion

600. Outre ces mesures, destinées à limiter la prise de risque financier, inhérente au passage du statut de salarié à celui de non-salarié¹³⁶⁰, l'accent a été mis sur l'accompagnement et la préparation de la reprise d'entreprise, par le biais de stages et actions de formation, visant à améliorer la compétence des repreneurs et à leur octroyer un environnement favorable¹³⁶¹. Il

¹³⁵⁷ La moitié des transmissions sont des donations familiales, 26 % des cessions et 14 % des reprises par des salariés, selon les sources citées par le magazine « PARTICIPER », édité par la Confédération Générale des SCOPS, « Transmettre son entreprise à ses salariés », in Participer, septembre, octobre 2002

¹³⁵⁸ Le dispositif de 1984 a été modifié par la loi n° 87-416 du 17 juin 1987 pour, finalement, disparaître avec la survenance, au 1^{er} janvier 1988, d'un dispositif « d'intégration fiscale » encore plus incitatif.

¹³⁵⁹ La loi en faveur des PME du 2 août 2005 a, quant à elle, créée « la location d'actions et de parts sociales », au profit d'une personne physique, dans le but avéré de faciliter les reprises d'entreprises par des salariés ou des cadres, qui ont, d'ailleurs, l'exclusivité de cette mesure lorsqu'il s'agit de société d'exercice libéral.

¹³⁶⁰ Cette idée d'assumer, ou non les risques d'une activité, et corrélativement d'en percevoir les fruits, marque la distinction fondamentale entre contrat de travail et contrat d'entreprise.

¹³⁶¹ Cf, par exemple, les dispositions de la loi PME étendant le champ de la formation professionnelle aux actions en direction des créateurs/repreneurs.

est intéressant de constater, à cette occasion, que les professions non-salariées, longtemps oubliées par le législateur, parce que considérées comme peu vulnérables, par rapport aux salariés¹³⁶², sont, avec les dispositifs d'aide à la création et à la reprise d'entreprises, l'objet de multiples sollicitudes, prenant en compte, aussi bien, la notion de risque patrimonial, que celle d'isolement du professionnel indépendant.

Ce rééquilibrage est manifestement de nature à faire bouger, à terme, les frontières entre salariat et non salariat, et ce, d'autant que le secteur indépendant, longtemps caractérisé par l'individualisme et l'inorganisation, semble prendre conscience, peu à peu, des avantages qu'il peut retirer d'une structuration, par voie conventionnelle.

Section 2 : L'amorce d'une organisation des professions non-salariées

601. Exerçant leur activité dans un contexte de liberté d'entreprise, générateur de concurrence, les professions non salariées sont assez peu enclines à se fédérer par secteurs d'activités en vue de contractualiser leurs conditions d'exercice, ceci est d'autant plus vrai que toute entente susceptible de fausser le libre jeu de la concurrence est susceptible d'être sanctionnée en droit interne ou en droit communautaire.

Néanmoins, au fil des décennies, la doctrine libérale classique, fondée sur le principe du laisser-faire économique, a laissé la place à l'interventionnisme des pouvoirs publics, en vue de réguler certains déséquilibres que les lois économiques du marché avaient engendrés.

Dans le même temps, certaines professions non-salariées se sont organisées en vue de défendre collectivement, des intérêts communs. Afin d'illustrer ces diverses démarches, nous prendrons successivement deux catégories de profession, dans le secteur civil (I) puis commercial (II).

I- Dans le secteur civil

Deux exemples, parmi d'autres, d'organisation professionnelle à côté du salariat, sont significatifs : les agents mandataires (A) et les avocats collaborateurs (B).

¹³⁶² C'est la même logique qui a conduit le Droit de la consommation à exclure, de son champ d'application, le contractant professionnel, considéré comme suffisamment averti pour se défendre seul.

A- Les agents mandataires

Au sein de cette catégorie, nous allons nous intéresser, successivement, aux agents commerciaux (1) puis aux agents généraux d'assurance (2).

1) Les agents commerciaux

602. L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et de conclure des contrats d'achat, de location ou de prestations de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale¹³⁶³. Quel que soit le volume de son activité, l'agent commercial est un mandataire qui a pour mission d'initier ou de développer un courant d'affaires, au nom et pour le compte de l'entreprise qui le mandate. En sa qualité d'indépendant, il dispose de la liberté d'organisation de son entreprise.

603. Le caractère civil de cette profession, reconnu par plusieurs arrêts de la Cour de cassation¹³⁶⁴ a été réaffirmé par les débats parlementaires précédant l'adoption de la loi du 25 janvier 1991¹³⁶⁵ : le contrat d'agent commercial est un contrat de mandat, de nature civile, puisqu'il ne comporte aucun acte de commerce passé au nom de l'agent. Cette absence d'actes commerciaux, passés pour son propre compte, fragilise la situation économique de l'agent, face à son mandant, car, ayant démarché des clients, puis contracté avec eux pour le compte de l'entreprise qu'il représente, il est exposé au risque d'être, pour l'avenir, « court-circuité » par les deux acteurs économiques qu'il a mis en relation d'affaires, et donc de perdre sa rémunération, constituée de commissions sur les affaires traitées.

Cette perte de commissions est très pénalisante pour l'agent, qui ne peut prétendre, au plan légal, à aucune rémunération minimale, et qui, dans l'exercice de son activité, doit faire face, quotidiennement, à ses charges d'entrepreneur indépendant (frais de route et d'hébergement, impôts, cotisations sociales personnelles, éventuellement frais de personnel, s'il a recours à des préposés...), dont il assume seul la couverture.

604. Très tôt, les agents ont donc été conduits à s'organiser, en vue d'assurer la défense de leurs intérêts, obtenant de la jurisprudence, dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, la

¹³⁶³ Définition donnée par l'article L. 134-1 du Code de commerce

¹³⁶⁴ Parmi les plus récents : Cass. Com., 29 oct. 1979 : JCP, 1980, 19591 ; Cass. Com., 28 oct. 1980, DS 1981, IR, p. 196

reconnaissance d'un droit à indemnisation, en cas de rupture pour cause non légitime et non prévue au contrat. Ce droit à indemnisation, fondé sur la théorie jurisprudentielle du mandat d'intérêt commun, a été reconnu, de façon constante, pendant un siècle, par la Cour de cassation¹³⁶⁶, bien avant d'être consacré par des textes¹³⁶⁷. Bien plus, grâce à leur organisation professionnelle efficace, les agents ont pu faire reconnaître un usage professionnel quantifiant l'indemnité de rupture à deux années de commissions¹³⁶⁸, sans que les textes ultérieurs viennent statuer sur cette question, laissant donc toute latitude à la jurisprudence, qui a toujours répondu favorablement à la stratégie unitaire des agents commerciaux¹³⁶⁹.

605. Dans les nouveaux modes de distribution, qui ont désormais la prééminence sur le marché, la place des agents commerciaux, est quelquefois, contestée par les entreprises, qui, au lieu d'avoir, comme dans le passé, une pluralité d'acheteurs, ne sont plus en relation qu'avec quelques centrales d'achat ou de référencement, avec lesquelles les transactions sont négociées lors d'une rencontre annuelle ; le rôle de l'agent évolue, dans ces hypothèses, vers des fournitures de prestation d'animation ou de promotion commerciales, qui ne correspondent plus, nécessairement, à la définition donnée à l'article L. 134-1 du Code de commerce. Les entreprises clientes de l'agent sont, alors, tentées de s'en séparer, en refusant l'indemnisation et il en résulte des jurisprudences contrastées¹³⁷⁰. Quoiqu'il en soit, la position de l'agent commercial demeure juridiquement forte. Outre l'indemnité de résiliation, que nous venons d'évoquer, d'autres dispositions légales, d'ordre public, sont venues renforcer, grâce à l'activisme de la profession, le statut de l'agent, en s'inspirant, parfois, du droit du travail. Ainsi, il est prévu une durée minimale de préavis pour la rupture (un mois la première année du contrat, deux mois la seconde et trois mois ensuite), et un droit à indemnité des héritiers de l'agent lorsque la cessation du contrat est due à son décès, à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent ne permettant pas d'exiger la poursuite de son activité.

¹³⁶⁵ Séance du 23 mai 1990 / JOAN 24 mai 1990, p. 2240

¹³⁶⁶ cf, par exemple, Cass. Com., 10 nov. 1959, JCP, G, 1960, II-11509, et plus récemment, à défaut d'application du statut légal ; Cass. Com., 18 janvier 2000, Contrats, concurrence, consommation, mai 2003, comm. 75, note L. LEVENEUR

¹³⁶⁷ Décret 58-1345 du 23 décembre 1958, complété par décret du 10 juin 1992 ; directive communautaire 86/653 du 18 décembre 1986, JOCE, L382-31 déc. 1986

¹³⁶⁸ Dès 1958, le doyen HEMARD faisait état de cet usage constant RTDC 1959, p. 573

¹³⁶⁹ Cf J. M. LELOUP, « Les agents commerciaux, statuts juridiques, stratégies professionnelles », Ed. Delmars, 5^{ème}, 2001

¹³⁷⁰ Cf pour un refus d'application du statut : Cass. Com., 10 décembre 2003, n° 1811, in La revue Fiduciaire, FH 3028 du 27 mars 2004 ; pour la requalification d'un contrat de promotion en contrat d'agence, Cass. Com., 7 juillet 2004, JCP, E, n° 21, 26 mai 2005, p. 850, note S. ROUQUIE : la Cour a toutefois limité à une année de commission l'indemnisation à verser à l'agent.

Concernant les modalités de cessation du contrat, le préavis est imposé, sauf faute grave ou force majeure. Toute cessation de contrat ouvre droit à indemnité¹³⁷¹, exception faite d'une faute grave entraînant la fin du contrat à l'initiative de l'agent et la transmission par l'agent à un successeur des droits et obligations liés au contrat. En revanche, l'agent perd son droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du mandat, qu'il entend faire valoir ses droits à indemnité.

606. Agissant comme mandataire, l'agent est tenu de rendre des comptes ; il n'a pas évidemment à justifier de l'emploi de son temps mais doit fournir à la direction commerciale du mandant tous renseignements utiles sur la clientèle dont il a la charge. Le contrat peut également comporter une clause de quotas par laquelle l'agent est tenu de réaliser un certain volume de ventes mais la non réalisation d'un objectif contractuel ne prive pas l'agent de son droit à indemnité, dès lors que cette circonstance ne provient pas de son inactivité. Enfin, toute clause de non-concurrence n'est valable que si elle est stipulée par écrit, limitée au secteur et à la clientèle ayant fait l'objet du contrat, et d'une durée maximale de deux ans après la cessation du contrat. Il convient de remarquer que l'indemnité de rupture du contrat est due à l'agent, même en l'absence d'une clause de non-concurrence, alors qu'il peut poursuivre son activité antérieure, soit pour son propre compte, en qualité de commerçant, soit comme agent d'une autre entreprise¹³⁷². Sur ce point, le statut de l'agent est meilleur que celui du VRP salarié dont l'indemnité de clientèle nécessite l'existence d'un dommage¹³⁷³, car la profession indépendante d'agent commercial a su se doter, par les effets conjugués du contrat, de la jurisprudence, puis de la loi, d'un statut protecteur, qui lui permet de défendre ses intérêts économiques face à des mandants, dont le poids et la taille peuvent être très significatifs.

607. Par rapport à un salarié, l'agent peut souffrir d'un déficit de couverture sociale, notamment pour l'assurance-chômage, ou l'assurance vieillesse ; cependant, grâce à l'harmonisation opérée par le législateur¹³⁷⁴, il lui est loisible d'améliorer très sensiblement sa couverture personnelle, y compris, s'il souhaite, en créant une société d'agence commerciale, qui lui permettra, à certaines conditions, d'être rattaché au régime de protection sociale des salariés. La création d'une personne morale, pour structurer son entreprise, est, en même

¹³⁷¹ Voir en ce sens, S. ROUQUIE, « Requalification d'un contrat de promotion en contrat d'agent commercial : la fraude à la loi sanctionnée. A propos de l'arrêt Cass. Com., 7 juill. 2004 », JCP, E, 26 mai 2005 : la chambre commerciale de la Cour de cassation s'attache à la réalité du contenu et à l'exécution du contrat. Elle prend position en faveur de la protection du statut des agents commerciaux. Fondamentaux, les enjeux de cette qualification correspondent à l'attribution d'une indemnité de fin de contrat.

¹³⁷² Voir en ce sens, S. ROUQUIE, Ibid

¹³⁷³ Cass. Soc., 11 février 2004, RJS 5/04, n° 622

temps, susceptible de renforcer sa crédibilité et son efficacité vis-à-vis des mandants et d'en faciliter la cession ultérieure.

A ce premier exemple de profession indépendante organisée, il convient d'ajouter une catégorie, dont la structuration professionnelle est plus récente, celle des agents généraux d'assurance.

2) Les agents généraux d'assurance

608. Les agents généraux d'assurances sont des personnes morales ou physiques devenues mandataires d'une ou plusieurs sociétés ou entreprises d'assurance, après signature d'un traité de nomination. Intermédiaires entre les sociétés d'assurance et les clients, ils ont un rôle de commercial et de conseiller. Mandataires des entreprises d'assurances, ils sont de véritables chefs d'entreprises auxquels il appartient de faire montre de qualités de gestionnaires, tout en apparaissant offensifs dans la prospection et la vente de nouveaux produits.

609. Le statut des agents généraux est négocié par les organismes professionnels avant d'être approuvé par voie réglementaire. C'est à partir de ce processus, que l'adoption, en 1996, d'un décret a fait suite à des accords, pour régir la profession d'agent général, et a entraîné la co-existence de deux régimes, selon la date de prise de fonctions des intéressés. L'un des principaux artisans juridiques de ces accords y voit, d'ailleurs, une source d'innovation pour le Droit positif : *« Rien n'interdit l'utilisation de l'outil de gestion de l'entreprise qu'est l'accord collectif en dehors du terrain du salariat, balisé par des règles particulières concernant les effets de la convention. Les règles du Code du travail relatives à la partie contractuelle de la convention peuvent par contre sans dommage s'appliquer. C'est ainsi que les agents d'assurance ont construit leur statut, par un accord conclu avec la fédération des sociétés d'assurances »*¹³⁷⁵.

Ainsi, le statut des agents généraux d'assurance a pris ses racines dans les accords du 16 avril 1996, conclus entre la Fédération Française des Sociétés d'Assurance (FFSA) et la Fédération Nationale des Syndicats d'Agents Généraux d'Assurance (FNSAGA)¹³⁷⁶, qui définissent les conditions d'exercice d'une profession libérale¹³⁷⁷ et participent à l'organisation d'une profession par une réglementation spéciale. Ces règles particulières

¹³⁷⁴ Ut Infra

¹³⁷⁵ Cf J. BARTHELEMY, « Droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Ed. Liaisons, 2003, p.452

¹³⁷⁶ Voir en annexe n° 1

visent, à la fois, à protéger le client final, le consommateur, et à rééquilibrer l'état de dépendance économique des agents d'assurance.

610. Le contenu de ces accords complète donc les dispositions légales, générales¹³⁷⁸ et spécifiques aux agents généraux¹³⁷⁹, ainsi que les dispositions réglementaires¹³⁸⁰ y afférant. Il consacre le statut des agents généraux en application de l'article L. 520-2, selon lequel le résultat des négociations, entre les organisations professionnelles intéressées, est ensuite approuvé par décret. Les principes régissant ce nouveau statut, caractérisent l'indépendance juridique de l'agent :

- l'agent général d'assurance se définit comme le mandataire de la société d'assurance qui l'a installé dans ses fonctions ;
- il peut être une personne physique ou morale ;
- la profession s'exerce en contact direct avec le public auprès duquel la mission essentielle consiste à placer des biens et des produits et à gérer des opérations d'assurance ;
- les conditions d'accès à la profession sont renforcées afin d'assurer une compétence technique minimale équivalente entre agents ;
- l'exclusivité de la production est maintenue, mais aucune référence n'est faite à l'exclusivité territoriale (qui continue de s'appliquer pour les agents relevant des statuts antérieurs) ;
- les missions de l'agent sont remplies en toute indépendance avec engagement, le cas échéant, de la responsabilité tant civile que pénale de celui-ci.

611. Toutefois, l'intérêt de ces accords dépasse les relations entre compagnies et agents généraux ; en effet, ce sont des contrats collectifs visant à définir les conditions de travail, de rémunération, d'emploi et les garanties sociales d'une catégorie de travailleurs.

La qualification stricto sensu de convention collective peut, de prime abord, sembler inadaptée puisqu'elle ne s'adresse pas à des salariés ; mais, la loi du 8 août 1994¹³⁸¹ a étendu le bénéfice des accords collectifs de protection sociale complémentaire aux mandataires sociaux. Or, il existe un mandat, conforme aux articles 1984 à 2010 du Code civil, qui lie l'agent général à la compagnie, ce qui a pu faire écrire à un auteur : « *Les agents généraux d'assurance ont défini leur statut dans le cadre d'une authentique convention collective. Bien sûr, celle-ci n'est pas régie par le titre III du Livre I du Code du travail* ». ¹³⁸²

¹³⁷⁷ J. BARTHELEMY, « Une convention collective de travailleurs indépendants », Dr. Soc., janvier 1997

¹³⁷⁸ Art. L. 511-1 à L. 511-3 du Code des assurances

¹³⁷⁹ Art. L. 520-1 et 2 du Code des assurances

¹³⁸⁰ Art. R. 511-1 et suivants

¹³⁸¹ Loi n° 94-678 du 8 août 1994 sur la protection sociale complémentaire des salariés

¹³⁸² J. BARTHELEMY, op. cité

Cette technique, particulièrement intéressante, pourrait donc être reprise pour organiser les rapports de travailleurs indépendants et de professionnels libéraux, en situation de dépendance économique mais dotés d'une indépendance juridique. Un examen approfondi de ces accords peut s'avérer précieux pour la mise en place d'un statut original destiné aux cadres quasi-indépendants. Plusieurs constats peuvent être opérés :

- L'indépendance technique est manifeste pour l'agent général d'assurance mais elle s'accompagne d'une dépendance économique ; en effet les règles professionnelles lui imposent, en principe, l'exclusivité à une compagnie, à moins que celle-ci ne dispose pas du produit souhaité par le client. Ainsi, le traité de nomination est un contrat d'adhésion proposé par la compagnie dont l'agent ne peut discuter le contenu.
- Ces professionnels indépendants disposent du droit de grève¹³⁸³, même si les moyens d'expression de ce droit sont différents de ceux des salariés.
- L'accord a pris le soin d'organiser la filière, et cela apparaît dans le préambule de l'accord¹³⁸⁴ qui insiste sur le choix d'organisation de l'industrie de l'assurance, alors que les techniques de distribution se multiplient. Il rappelle l'importance de l'acte de conseil dans la commercialisation du contrat d'assurance.

612 Aussi, les domaines explorés par ces accords sont-ils similaires à ceux d'une convention collective de travail, nonobstant la qualification de mandat : conclusion, modification et rupture du contrat¹³⁸⁵, formation (initiale et continue), garanties sociales, rémunérations¹³⁸⁶... Certes, le champ d'application est plus large que celui d'une convention collective puisqu'il s'adresse aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales¹³⁸⁷. Dès lors, la qualification de « convention collective de travailleur indépendant » avancée par J. BARTHELEMY, est bien en adéquation avec son champ d'application et son contenu. Avancée significative et exemplaire pour d'autres situations de professionnels autonomes, cet accord n'est cependant pas facilement transposable, en raison de la diversité des statuts et des organisations des professions non-salariées. Il existe, par exemple, au sein des professions libérales traditionnelles (avocats, médecins, architectes, experts-

¹³⁸³ Ce droit a déjà été exercé par exemple par les agents du GAN en 1995

¹³⁸⁴ « *Les entreprises d'assurance ont la profonde conviction que la distribution de l'assurance par les agents généraux est adaptée aux exigences des marchés modernes correspond aux attentes des assurés* »

¹³⁸⁵ Elle précise l'indemnisation liée à la réalité de la clientèle

¹³⁸⁶ L'accord s'intéresse à la structure de la rémunération et non à son montant minimum comme dans la convention collective des VRP

¹³⁸⁷ Les professions libérales disposent, depuis le 1^{er} janvier 1992 des sociétés d'exercice libéral, adaptées des sociétés de capitaux régies par la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966. L'accord du 16 avril 1996 définit les règles de composition du capital et de fonctionnement des organes de direction des sociétés constituées pour l'exercice de leur profession. Ces règles ont été conçues pour que soient respectés les principes juridiques organisant la profession, en particulier la mandat et la responsabilité personnelle qui en découle.

comptables...) des structures ordinales, qui interfèrent, sur de nombreux points, avec les organisations syndicales ; en outre, les syndicats ont vocation à défendre les intérêts de tous les membres de la profession, sans distinction de taille et de statut et, dès lors, la question de la représentativité des partenaires, susceptibles de valider de tels accords, est beaucoup plus malaisée à définir que dans le Droit du travail, où la dichotomie employeurs-salariés contribue à clarifier le débat.

L'intervention du législateur, dans les professions réglementées est donc nécessaire, ainsi qu'en atteste le statut des avocats collaborateurs.

B- Les contrats de collaboration des avocats et des professionnels libéraux

613. Profession libérale emblématique, qui a toujours développé des valeurs d'indépendance et de liberté pour ses ressortissants, la profession d'avocat a rejeté, vigoureusement, pendant plusieurs siècles, l'idée de subordination dans l'exercice professionnel, et par là-même, le recours à la notion de contrat de travail dans les relations entre avocats. S'appuyant sur une tradition ancienne, les Ordres ne reconnaissaient, comme type de contrat, que le contrat de collaboration, contrat par lequel un avocat indépendant exerce son activité auprès d'un confrère, qui lui confie des dossiers et des clients, tout en conservant la possibilité d'exercer son activité auprès de ses clients propres.

Ce contrat, spécifique à la profession d'avocat, avait donc ses racines dans un usage professionnel (1) avant d'être consacré par la loi (2).

1) Le contrat de collaboration issu de l'usage

614. Au plan théorique, le mode d'exercice du collaborateur, professionnel indépendant, est distinct de celui d'un salarié, tenu dans un lien de subordination, mais, au plan pratique, dans un nombre significatif de situations, l'avocat collaborateur, ne disposant d'aucune clientèle propre (et n'ayant pas le temps, la capacité, ou la volonté, d'en développer une), travaillant, dans les locaux, et sur les instructions, de son confrère, réunit souvent, sur sa tête, nombre d'indices susceptibles de caractériser le lien de subordination. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence ait pu procéder à une requalification d'un contrat de collaboration en contrat de travail, passant outre l'incompatibilité de principe entre salariat et

exercice de la profession d'avocat¹³⁸⁸. Cette jurisprudence devait susciter de vives réactions de la profession, à la fois pour des raisons éthiques et pour des raisons matérielles (la requalification, en contrat de travail, aboutissant à renchérir considérablement le coût d'un avocat collaborateur) et la loi du 31 décembre 1990¹³⁸⁹ est venue confirmer ce mode d'exercice « sui generis » de la profession d'avocat. Toutefois, issue de deux cultures différentes, la nouvelle profession ne pouvait ignorer la pratique antérieure des cabinets de conseils juridiques, lesquels avaient bâti, en utilisant le contrat de travail, des entreprises libérales structurées et efficaces, qui avaient connu, en vingt ans, un essor spectaculaire.

2) Le contrat de collaboration issu de la loi

615. La loi de 1990 a donc reconnu deux types de contrat, pour organiser les relations de deux avocats travaillant ensemble, hors le cadre d'une association : le contrat de collaboration et le contrat de travail. En raison des similitudes entre les deux exercices, le législateur a introduit « le critère » de différenciation, qui permet d'opérer la distinction des deux statuts, il correspond à la possibilité, pour le collaborateur, à l'inverse du salarié, de disposer de clients propres¹³⁹⁰. Au plan intellectuel, cette distinction semble claire ; au plan pratique, le critère de la clientèle propre résiste, assez mal, à l'examen d'un grand nombre de contrats de collaboration, qui s'exercent, quelquefois, durant toute une vie professionnelle, exclusivement auprès de la clientèle du « patron ». En outre, en vertu du principe de la liberté d'installation de l'avocat, la loi interdit l'insertion, dans tout contrat de travail d'avocat, de clauses de non concurrence, même conformes au droit commun du Droit du travail, ce qui enlève, quasiment, toute portée à l'interdiction de principe, faite à l'avocat salarié, d'avoir sa propre clientèle. Si l'on prend en considération, par ailleurs, les originalités du statut d'avocat salarié (l'avocat salarié est avocat, avant d'être salarié), la marge de différenciation avec le collaborateur apparaît mince.

¹³⁸⁸ Cass. Soc., 18 oct. 1990, Bull. civ. V, n° 489

Ut Supra

¹³⁸⁹ Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, portant création de la « nouvelle » profession d'avocat, regroupant les anciennes professions d'avocat et de conseil juridique, complétée par le décret 91-1197 du 27 novembre 1991

¹³⁹⁰ J. BARTHELEMY, « Conséquences sociales de la création de la nouvelle profession d'avocat », JCP, E, I, 76 : « *L'avocat collaborateur est aussi dans un état de dépendance économique à l'égard de son patron et l'équilibre des pouvoirs dans la négociation de son contrat est d'autant plus menacé que sa clientèle personnelle est modeste : ce n'est pas par hasard si a été introduite, pour distinguer l'avocat salarié et l'avocat collaborateur, la possibilité d'une clientèle personnelle* »

Ce constat a pu faire écrire à un auteur, fin connaisseur du métier d'avocat, « *la profession oscille entre une collaboration, qui n'ose pas s'avouer salariat, et un salariat qui s'épuise à s'adapter à un travail auquel il ne convient pas. Cela crée une situation malsaine*¹³⁹¹. »

Quant à J. BARTHELEMY¹³⁹², auréolé de sa brillante réussite de praticien, en tant que fondateur du cabinet éponyme, devenu la référence française en Droit du travail, et de ses travaux universitaires, nombreux et innovants, s'il parvient à démontrer, de manière convaincante, que la subordination juridique du praticien libéral n'est pas incompatible avec son indépendance technique, il préconise néanmoins l'émergence d'une troisième voie « *qui éviterait à la jurisprudence des contorsions pour concilier statut de salarié et responsabilité personnelle, civile et pénale, conséquence de cette indépendance*¹³⁹³. »

616 Ce choix ne semble pas, dans l'immédiat, correspondre au droit positif, puisque la récente loi¹³⁹⁴, relative aux PME, dans son article 18, vient d'étendre le contrat de collaboration aux professions libérales, à statut législatif et réglementaire, ou dont le titre est protégé, hors les officiers publics ministériels, les commissaires aux comptes et les mandataires judiciaires. Il ressort, cependant, de l'exposé des motifs¹³⁹⁵ du projet de loi, et du paragraphe II in fine de l'article 18¹³⁹⁶, que ce statut ne doit constituer, dans l'esprit du législateur, qu'une étape, correspondant au démarrage dans la vie professionnelle, et qu'il n'a donc pas vocation à se pérenniser. Quoiqu'il en soit, il s'agit, une fois encore, d'un élément d'organisation d'une profession non salariée, qui offre, à des professionnels indépendants, une protection juridique, à l'écart du droit du travail¹³⁹⁷.

617. Nous ne pouvons achever ce tour d'horizon des activités civiles, organisées en marge du Droit du travail, sans évoquer le secteur de l'agriculture : confronté à des mutations économiques, techniques, et sociales, le monde agricole a connu un total bouleversement, qui l'a plongé, brutalement, dans un marché de libre échange, où s'exercent les dures lois de la

¹³⁹¹ R. MARTIN, « Avocats : de collaboration en salariat », JCP, G, 18 novembre 1998

¹³⁹² J. BARTHELEMY, « « Droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Ed. Litec, 2003

« Indépendance ? Indépendance ! », La revue de l'Avocat Conseil d'Entreprise », 2005, n° 3

¹³⁹³ J. BARTHELEMY, « Une convention collective de travailleurs indépendants », op. cité

« Le professionnel parasubordonné », JCP, E, nov. 1996, I, 606

¹³⁹⁴ Loi n° 2005-882 du 2 août 2005, précitée

¹³⁹⁵ « *Le contrat de collaborateur libéral donne un cadre juridique aux collaborateurs de professionnels libéraux...en les préparant à l'installation en tant que professionnel libéral comme associé ou indépendant* »

¹³⁹⁶ « Il peut compléter sa formation et peut se constituer une clientèle personnelle »

¹³⁹⁷ Il faut remarquer, à cette occasion, que sous l'impulsion des Ordres, des contrats-types de collaboration ont été finalisés, prévoyant, notamment, des périodes de vacances rémunérées ou un maintien, durant deux mois, des rétrocessions d'honoraires habituelles en cas d'indisponibilité pour raisons de santé. En outre, l'existence de minimas de rémunérations, dans la convention collective applicable aux avocats salariés, a incité de nombreux conseils de l'Ordre à prendre « des recommandations » quant à un montant plancher de rétrocession, au moins durant le stage.

concurrence, à l'échelle mondiale. A côté de l'interventionnisme étatique¹³⁹⁸, qui a permis de réguler les flux macro-économiques, il a été nécessaire de mettre en place des techniques juridiques pour protéger les agriculteurs, face aux grandes entreprises industrielles, dont ils sont devenus économiquement dépendants¹³⁹⁹. Ce rééquilibrage juridique a nécessité, certes, l'intervention du législateur¹⁴⁰⁰, mais il s'est surtout concrétisé par la mise en place de relations contractualisées entre producteurs et industriels, fournisseurs et clients des agriculteurs¹⁴⁰¹.

La négociation collective, qui a donné naissance à un encadrement de ces contrats d'intégration, constitue, à n'en pas douter, une des manifestations les plus abouties de l'organisation, par voie conventionnelle, d'une profession non salariée, c'est la raison pour laquelle nous l'étudierons de manière plus approfondie pour alimenter la phase prospective de notre travail¹⁴⁰². Dressons, maintenant, un état des lieux de l'amorce d'une organisation des non-salariés du secteur commercial.

II - Dans le secteur commercial

618. Ainsi que nous avons pu le constater, le champ d'application du Droit du travail, dans une conception très extensive, ne s'arrête pas aux frontières du Droit commercial, dès lors que les juges de la Cour suprême réaffirment, de manière constante, que *« l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties ni de la dénomination qu'elles ont donné à leur convention mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs »*¹⁴⁰³. S'appuyant, tantôt sur le critère du lien de subordination, pour opérer une requalification du contrat en contrat de travail, tantôt sur les textes du livre VII du Code du travail qui assujettissent certaines catégories d'activités au Droit du travail¹⁴⁰⁴, les magistrats n'ont pas hésité à passer outre la qualification conférée, contractuellement, par les parties et à appliquer la législation du travail à des gérants libres,

¹³⁹⁸ Sur le sujet, voir M. LALIGANT, « L'intervention de l'Etat dans le secteur agricole », LGDJ, 1970

¹³⁹⁹ Voir G. J. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance », Thèse, LGDJ, 1986

¹⁴⁰⁰ Loi n° 64 - 678 du 6 juillet 1964

¹⁴⁰¹ Cf Y. MADIOT, « Les aspects juridiques de la politique contractuelle en agriculture », Droit Social, 1969, p. 367

G.J. VIRASSAMY, op.cité, p. 19

J. MARTIN, « Les contrats d'intégration dans l'agriculture », RTDC, 1974, p. 1 et s.

J. MEGRET, « Système contractuel et intégration en agriculture », D. 1965, chron. p. 15 et s.

¹⁴⁰² Ut infra

¹⁴⁰³ Arrêt « Barrat », Cass. Ass., Plén., 4 mars 1983, D. 1983, 381, conclusions J. CABANNES ; arrêt « Guingan », Cass. Crim. 29 oct. 1985, Bull. crim., n° 335 ; Arrêt « Labbane », Cass. Soc., 19 déc. 2000, droit Social, mars 2001, note A. JEAMMAUD

des concessionnaires exclusifs, des franchisés, des locataires d'un outil de travail, des gérants mandataires, ou des sous-traitants, y compris alors que les contrats avaient été signés entre des personnes morales¹⁴⁰⁵.

Quels que soient le nombre et la diversité des décisions jurisprudentielles, il serait cependant hasardeux d'y voir une remise en cause systématique des contrats commerciaux censurés : il existe, et c'est heureux pour la sécurité juridique des contractants, une grande majorité de contrats d'entreprise qui s'exécutent en application des règles contractuelles prédéfinies. Il faut, pour sérier le débat, constater, qu'il existe bien une « zone grise entre indépendance et salariat »¹⁴⁰⁶ et que des contrats, ayant la même dénomination, à l'origine, peuvent, lorsqu'en sont examinées les conditions réelles d'exécution, correspondre, ou non, à des situations visées par le Code du travail ; bien plus, l'assujettissement au Droit du travail peut n'être que partiel et coexister avec des règles de Droit commercial¹⁴⁰⁷.

Si l'on poursuit le raisonnement, le Droit du travail, fidèle à sa vocation de défenseur du faible, aura d'autant plus tendance à être appliqué, que les relations contractuelles mises en place apparaîtront déséquilibrées. Nous allons, donc, nous attacher à rechercher en quoi l'existence d'une organisation collective de professions non-salariées est susceptible de freiner l'expansionnisme du Droit du travail, au travers de l'examen des gérants-mandataires (A) et des franchisés (B).

¹⁴⁰⁴ sur la distinction entre ces deux démarches, voir A. JEAMMAUD, op. cité

¹⁴⁰⁵ En sus des références données ci-dessus pour l'application de l'article L. 781-1 du Code du travail, il convient de mentionner quelques exemples de requalification opérés sur le critère de la subordination :

-Cour d'Appel de Montpellier, 6 janvier 1999, Dalloz 2001, Cahiers Droit des Affaires, n° 3, p. 297, obs. D. FERRIER : pour un contrat de franchise

-Cour d'Appel de Paris, 7 juin 2001, Droit Ouvrier, déc. 2001, p. 525 : pour un contrat de mandat de gestion

-Cass. Soc., 5 déc. 2001, n° 5095, non publié : pour un contrat de mandat de vente

-Cass. Soc., 27 mai 2003, n° 1453, non publié : pour un contrat de mandat de vente

-Cass. Crim., 17 juin 2003, JCP, E, 15 janvier 2004, p. 90, observations J.H. ROBERT : pour un contrat de sous-traitance

-Cass. Soc., 8 juillet 2003, JCP, G, 1^{er} oct. 2003, p. 1755 : pour un contrat de sous-traitance

-Cour d'Appel de Grenoble, 1^{er} septembre 2003, n° 985, non publié : pour un contrat de franchise hôtelière

-Cour d'Appel de Montpellier, 30 juin 2004, n° 1027 et 1028, non publiés : pour des contrats de mandats de vente

¹⁴⁰⁶ Expression empruntée à A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », Droit Social, mars 2000

¹⁴⁰⁷ Voir, G. J. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », L.G.D.J. Paris, 1986

A- Les gérants-mandataires

L'organisation de cette activité est ancienne, puisqu'elle remonte à la fin de la première moitié du XX^{ème} siècle (1), mais récemment, elle a fait l'objet d'une nouvelle intervention législative (2).

1) Une organisation ancienne

619. En vertu d'une législation qui date de 1941¹⁴⁰⁸, les gérants-mandataires, répondant aux critères définis dans le texte, bénéficient de certaines dispositions du Code du travail, et, nous l'avons constaté, la jurisprudence a fait une large application de cette loi¹⁴⁰⁹, notamment aux gérants de stations-service, distribuant au détail des carburants pour les compagnies pétrolières. Toutefois, en dépit de l'article L. 781-2 du Code du travail, et de son caractère d'ordre public, il a été reconnu la possibilité pour un gérant, après la rupture de son contrat, de renoncer aux dispositions de l'article L. 781-1¹⁴¹⁰ du Code du travail, en contrepartie d'une indemnisation contractuelle. En effet, un accord interprofessionnel du 12 janvier 1994, signé dans le secteur de l'industrie pétrolière¹⁴¹¹, définissait un certain nombre de garanties aux exploitants du réseau dit officiel¹⁴¹². L'application de cet accord, par dérogation à l'article L. 781-1, contestée par une partie de la doctrine¹⁴¹³, a été confirmée, « confortant la portée de ces accords collectifs »¹⁴¹⁴.

Cette application alternative du Droit du travail ou de la règle issue d'une négociation collective entre syndicats de non-salariés, concrétise l'importance que peut revêtir une organisation intra-professionnelle pour limiter l'application du Droit du travail à des non-

¹⁴⁰⁸ Loi du 21 mars 1941, codifiée aux articles L. 781-1 et L. 781-2 du Code du travail

¹⁴⁰⁹ Ut Supra

¹⁴¹⁰ Cass. Soc., 17 avril 1985, JCP, E, 1985, I-14858, obs. B. TEYSSIE

Cass. Soc. 8 avril 1992, RJS 6/ 1992, n° 807

Dans le même sens, cf J.F. CESARO, l'étude Gérants mandataires de succursales, Juris-classeur Travail 2004

¹⁴¹¹ Cf www.Industrie.Gouv.Fr : *L'accord interprofessionnel du 12 janvier 1994 signé entre les compagnies membres de l'Union Française des Industries Pétrolières et les organisations professionnelles représentatives des détaillants en carburants garantit à l'exploitant une rémunération de référence. Il est également soumis par le contrat à certaines obligations de paye et un loyer pour l'exploitation du point de vente. Le stock de carburants appartient à la compagnie pétrolière qui a la maîtrise des prix de vente à la pompe au consommateur.*

¹⁴¹² Le réseau officiel est constitué des fonds de commerce appartenant aux compagnies pétrolières, qui proposent, à l'exploitant, un statut classique de salarié, de gérant mandataire ou de gérance-libre (location-gérance).

¹⁴¹³ Cf A. JEAMMAUD, note sous Cass. Soc., 18 déc. 1975, D. 1976, jur. P. 399

¹⁴¹⁴ Cf D. FERRIER, obs. sous CA PARIS, 18 janvier 2000, D. 2001, cahier droit des Affaires, p. 297

salariés. C'est semble-t-il, ce constat qui a guidé la plume du législateur dans le loi en faveur des PME.

2) Les apports législatifs récents

620. L'article 19 de la loi du 2 août 2005¹⁴¹⁵ semble aller dans le même sens puisqu'il crée, sous le titre « des gérants mandataires » un dispositif qui s'appliquera aux « *personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité.* »

La loi impose une obligation pré-contractuelle d'information du gérant-mandataire¹⁴¹⁶, mais, surtout, elle prévoit le principe d'une organisation, par voie de négociation collective entre le mandant et ses gérants mandataires ou leurs représentants¹⁴¹⁷... Il semble bien que l'on retrouve, dans ce texte, la concrétisation d'une démarche, prônée par un auteur, à la suite des accords intervenus dans la profession des agents d'assurance¹⁴¹⁸.

Cette ébauche d'une organisation collective se retrouve dans un autre secteur de la distribution, avec les franchisés.

B- Les franchisés

Ignoré du législateur, le contrat de franchise, a pourtant connu, dès le début de son apparition, dans notre pays, un grand succès ; il convient de définir son contenu (1), avant d'analyser son évolution (2).

¹⁴¹⁵ Ut supra

¹⁴¹⁶ Article L. 146-2 du Code de commerce : « *Le mandant fournit au gérant-mandataire, avant la signature du contrat, toutes informations nécessaires à sa mission, telles que définies par décret, afin de lui permettre de s'engager en connaissance de cause.* »

¹⁴¹⁷ Article L. 146-3 du Code de commerce

1) Le contenu du contrat de franchise

621. Arrivé, en France, dans les années 1970, en provenance des Etats-Unis, le contrat de franchising, devenu contrat de franchise, connaît aujourd'hui un très grand succès, puisqu'il concerne environ 20 % des points de vente¹⁴¹⁹ du commerce de détail. Curieusement, ce développement s'est opéré sans intervention législative pendant de longues années, puisqu'il a fallu attendre la loi DOUBIN du 31 décembre 1989¹⁴²⁰ et les textes d'application¹⁴²¹, pour voir aborder, par le législateur, la conclusion et le contenu du contrat¹⁴²², sans qu'il soit fait d'ailleurs, référence expresse au seul contrat de franchise, puisque la loi DOUBIN, qui traite de l'information pré-contractuelle, a vocation à s'appliquer à tout contrat prévoyant une mise à disposition de marque ou d'enseigne, assortie d'un engagement d'exclusivité.

622. La définition même du contrat résulte uniquement de la jurisprudence¹⁴²³ : *« le contrat doit comporter la mise à disposition du franchisé, par le franchiseur, d'un nom commercial, de sigles et symboles, d'une marque ainsi que d'un savoir-faire et d'une collection de produits ou services présentés de manière originale et spécifique, exploités suivant des techniques commerciales uniformes préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées ».*

623. Toutefois, au plan européen, puis interne, ont été mis en place des codes de déontologie, sous l'égide respective de la Fédération européenne de la Franchise en 1972¹⁴²⁴ puis de la Fédération française¹⁴²⁵, avec une définition légèrement différente : *« la franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et le franchisé, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept. »*

¹⁴¹⁸ cf J. BARTHELEMY, op. cité

¹⁴¹⁹ Voir en ce sens L'Express, 25 octobre 2004, « Le succès des franchisés »

¹⁴²⁰ Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, dont l'article 1^{er} a été codifié sous l'article L. 330-3 du Code de commerce

¹⁴²¹ Décret 91-337 du 4 avril 1991, relatif à l'information du consommateur dans le secteur de la franchise

¹⁴²² Au plan Européen, le droit de la concurrence s'était intéressé à la franchise, puisqu'un règlement d'exemption n° 4087/88 du 30 novembre 1988, entré en vigueur le 1^{er} février 1989 (JCP, 1989, I, 18098 et III, 66306) avait défini les clauses permises et celles prohibées, pour ne pas entrer dans le système de répression des ententes.

¹⁴²³ Cour d'Appel de Colmar, 9 juin 1982, D. 1982, 553, note J.J. BURST

¹⁴²⁴ Fédération Européenne de la Franchise-116/2, Bd de l'Humanité, 1070 Bruxelles. Code Européen de déontologie, JCP, E, 1990, II, 20656

¹⁴²⁵ Fédération Française de la Franchise, 60 rue de la Boétie, 75008 Paris

Voir le code de la déontologie de la franchise, O. BINDER, Petites Affiches, 9 août 1996

624 Fondé sur le principe de l'indépendance juridique des deux parties, constituant chacune une entreprise distincte, la franchise n'a pas échappé, à ses débuts, à l'apparition de franchiseurs, dénués de scrupules et de savoir-faire original, qui ont monnayé, auprès de franchisés trop naïfs, des concepts commerciaux fumeux ou fantaisistes, conduisant les membres de leurs réseaux à des échecs économiques et financiers. De même, certains distributeurs ont vu, dans ce système, un moyen commode d'évacuer, vers des franchisés, souvent économiquement dépendants, les risques d'une exploitation, tout en échappant aux contraintes de la législation du Travail. Pour ce faire, suscitant artificiellement la création d'entreprises indépendantes, ou présumées telles, ils ont bâti des réseaux de franchisés auxquels ils ont imposé des contrats léonins, leur assurant l'essentiel des profits générés par leurs affiliés.

2) L'amorce d'une évolution de la franchise

625 Ces agissements n'ont pas manqué d'attirer les foudres de la Justice, que ce soit dans le cadre du Droit des procédures collectives¹⁴²⁶ ou dans celui du Droit du travail¹⁴²⁷. Concernant ce dernier aspect, les contrats de franchise, qui ont précédé l'arrivée à maturité de ce type de distribution, se prêtaient plus facilement à une requalification, en raison même de leurs outrances dans les obligations imposées au franchisé : suivi juridique et comptable confiés aux services ou aux conseils du franchiseur, contrôle tatillon des politiques de gestion des stocks et des pratiques commerciales, prélèvements financiers récurrents du franchiseur (droit d'entrée, royalties, participations au budget de communication, formations obligatoires et payantes...) Ces différents éléments, constitutifs du faisceau d'indices recherchés par le juge, que ce soit pour la requalification en raison du lien de subordination ou pour l'application éventuelle de l'article L. 781-1 du Code du travail, se retrouvent de manière répétitive, dans les attendus des décisions de justice, démontrant que le franchisé avait, le plus souvent, souscrit à un contrat d'adhésion, qui le plaçait dans une situation où son indépendance juridique se révélait très théorique.

¹⁴²⁶ Cour d'Appel de Rouen, 14 mars 1992, RJDA 1992, n° 816
Cass. Com., 9 nov. 1993, D. 1995, somm. 79, obs. D. FERRIER
Cass. Com., 16 déc. 1997, Bull. Civ. IV, n° 337

¹⁴²⁷ Ut Supra

Voir, notamment, A. JEAMMAUD, « L'assimilation de franchisés aux salariés », Droit Social février 2002, p. 158

626. Or, sous les effets conjugués de divers facteurs, le contrat de franchise, au fil des années, allait se rééquilibrer au profit des franchisés¹⁴²⁸.

Tout d'abord, le profil des franchiseurs et leur état d'esprit a évolué : les années passant, les franchises fantaisistes, ou trop déséquilibrées pour le franchisé, ont disparu¹⁴²⁹, et les franchiseurs ont compris que l'image et la pérennité du réseau supposaient d'avoir des franchisés solides. Ensuite, les franchiseurs ont tiré les leçons des condamnations subies en modifiant leurs pratiques¹⁴³⁰. Dans le même temps, des organisations se sont mises en place (Fédération de la franchise, Associations de défense, Groupements de franchisés...) et des cadres contractuels sont apparus pour réguler les relations entre les parties (codes de déontologie, chartes...). Outre la loi DOUBIN, qui protège le candidat franchisé, lors de la mise en place du contrat, le franchiseur doit, désormais, composer avec des structures qui regroupent les franchisés, dans une collaboration, qui permet au franchiseur d'améliorer son offre, à partir des remontées du terrain et au franchisé d'influencer la stratégie et le fonctionnement du réseau.

S'il est un peu tôt pour établir un constat, quant au nombre de requalifications de contrats de franchise en contrats de travail, il est, du moins, indéniable de constater que les franchisés, non salariés, ont pris conscience eux, aussi, de l'impact d'une organisation collective.

*

* *

627. Les cadres quasi-indépendants sont les héritiers du grand mouvement centralisateur, initié conjointement par le législateur et par le juge, pour assimiler à un salarié, tout travailleur qui, de près ou de loin, pouvait se trouver dans un état de faiblesse, pour l'exercice de son activité. Du secteur de la distribution, à celui des professions libérales, en passant par les sportifs, les journalistes ou les travailleurs à domicile, le Droit du travail a colonisé bon

¹⁴²⁸ L'article précité, publié dans l'Express, est révélateur : « Ce n'est ni un associé, ni un subordonné : le développement du commerce en franchise doit beaucoup à la qualité de la relation établie avec le franchiseur. Elle prend désormais la forme d'un partenariat équilibré »

¹⁴²⁹ L'article précité donne l'exemple de la franchise « Cash converters », qui, après un démarrage fulgurant, a disparu à la fin des années 90, pour avoir « ponctionné allègrement ses franchisés » au point que « près du tiers des franchisés ne se payaient pas du tout ».

¹⁴³⁰ Il est significatif de constater que le groupe ACCOR, condamné en 2001, par la Cour de Paris (CA Paris, 7 juin 2001, RJDA, janvier 2002, ut supra), son contrat de franchise ayant été requalifié en contrat de travail, a eu gain de cause en 2003 devant la Cour de Montpellier pour un autre contrat de franchise : Cour d'Appel de Montpellier, 26 nov. 2003, affaire Etap Hotel, Lettre de la distribution, février 2004. Les juges ayant relevé, à juste titre que la requalification n'était pas attachée au contrat de franchise hôtelière lui-même, mais à son contenu et à son fonctionnement.

nombre d'actifs, faisant de la France, le pays industrialisé doté de l'effectif salarié le plus important, en pourcentage de la population active¹⁴³¹.

A une époque où le plein emploi n'est plus qu'un lointain souvenir et où le développement de l'initiative individuelle, en vue de créer de nouvelles entreprises, constitue jusqu'à l'obsession, l'objectif constant de nos gouvernements, ce « tout salariat » devient un handicap, car les grandes entreprises, traditionnels pourvoyeurs de travail, n'assurent plus leur rôle de création d'emplois et il convient, dès lors, de susciter de nouvelles vocations d'employeurs.

628 Parallèlement, l'état de subordination, inhérent au contrat de travail, s'avère, désormais, moins supportable, pour des travailleurs dont le niveau de compétence technique et d'affirmation personnelle ne cesse d'augmenter, ce qui favorise une évolution vers des formes de travail plus atypiques. Il n'est donc pas surprenant de constater que des glissements commencent à s'opérer, des activités salariées vers des activités non salariées, notamment sous l'influence du législateur, qui a compris que le rééquilibrage nécessaire passait par une meilleure protection des non-salariés et par une harmonisation des statuts juridiques, sociaux ou fiscaux. Néanmoins, les réformes, en ce domaine, demeurent incomplètes et ponctuelles et le temps semble venu d'envisager des réformes plus radicales : nous allons nous efforcer de rendre concevable l'élaboration d'un statut attractif pour le cadre quasi-indépendant, hors du contrat de travail, mal adapté à sa situation.

¹⁴³¹ Ut Supra

TITRE 2 : Les avancées possibles

629. Nous l'avons constaté et répété, le développement exponentiel du Droit du travail s'explique par son rôle protecteur du contractant le plus faible, face à un autre agent économique en position dominante. A l'opposé, le Droit commercial, et plus largement le Droit des affaires, se sont peu préoccupés de protéger l'entrepreneur indépendant, considéré comme averti et rompu à la négociation : ils ont réservé l'essentiel de leur sollicitude au seul consommateur, jugé influençable et vulnérable. Certes, le législateur est intervenu, de manière ponctuelle, pour protéger certains entrepreneurs, en état de faiblesse¹⁴³², mais il reste à imaginer un dispositif général pour aider ceux qui sont en état de dépendance économique envers un donneur d'ordres ; ainsi que l'écrivait un auteur, « *c'est à une réintroduction de la règle morale dans les obligations que l'on aboutit, et donc à une véritable justice contractuelle, condition indispensable à l'efficacité et au dynamisme économique, et fondement d'un droit de l'activité professionnelle qu'il faudra se résoudre à élaborer*¹⁴³³ ».

La mise en place d'un Droit de l'activité, créant une protection minimale pour tout actif, est une idée avancée par la doctrine, dès la deuxième moitié du XX^{ème} siècle et reprise à maintes reprises, il paraît, désormais, utile de la concrétiser (chapitre 1) ; cependant, la protection des quasi-indépendants demeurerait imparfaite, sans un environnement contractuel spécifique (chapitre 2).

Chapitre 1- L'instauration du Droit de l'activité lucrative

De nombreuses publications ont abordé ce thème, à la suite de G. RIPERT¹⁴³⁴ et il est bon de remonter à ces sources (section 1), si l'on veut, ensuite, rechercher les finalités du Droit de l'activité (section 2).

¹⁴³² On peut citer, par exemple, le décret du 30 septembre 1953, sur les baux commerciaux, la loi du 20 mars 1956, sur la location –gérance ou plus récemment, la loi DOUBIN n° 89-1008 du 31 décembre 1989

¹⁴³³ G. J. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », thèse, LGDJ, Paris, 1986

¹⁴³⁴ G. RIPERT, « Ebauche d'un droit civil professionnel », Etudes CAPITANT, 1939, p. 677

L'éminent auteur évoquait les codes de l'avenir, avec des chapitres consacrés aux règles professionnelles, tandis que les étudiants en droit entendraient « *au cours de législation professionnelle, des leçons sur le commerçant, l'industriel, l'artisan, l'agriculteur, le fonctionnaire, l'officier ministériel, l'avocat, le médecin, les ouvriers.* »

A. TUNE, « Ebauche d'un droit des contrats professionnels », Mélanges RIPERT, T. II, Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle, p. 137

Section 1 : Les sources du Droit de l'activité

Plusieurs juristes de renom se sont prononcés en faveur de l'élaboration d'un droit de l'activité (I), mais c'est, sans aucun doute, le rapport SUPLOT qui constitue le projet le plus abouti (II).

I- Les prémisses doctrinales

Les premières réflexions sur le passage du droit du travail au droit de l'activité ont commencé à apparaître très tôt et se sont concrétisées dans le rapport Boissonnat de 1995 (A), avant de se poursuivre dans une recherche de statut de l'actif (B).

A- Du Droit du travail au Droit de l'activité professionnelle

La proposition de créer un droit de l'activité professionnelle remonte à plus d'un demi-siècle ; en effet, P. DURAND écrivait, en 1952 « *la pensée scientifique des cinquante dernières années a créé le droit du travail. C'est l'édification d'un droit de l'activité professionnelle que nous devons attendre de la seconde moitié de ce siècle.* »¹⁴³⁵

Il aura fallu attendre, néanmoins, une trentaine d'années, pour que de véritables bases soient posées sur le contrat d'activité, avec le rapport BOISSONAT.

1) L'analyse prémonitoire de P. DURAND

P. DURAND a, très tôt, mis en évidence la nécessité d'un glissement du droit du travail à un droit de l'activité professionnelle en raisonnant à partir des trois éléments composant le droit du travail : les rapports collectifs, l'indemnisation des risques sociaux et les rapports individuels du travail

a- Dans les rapports collectifs

630 Pour lui, c'est d'abord dans le droit des rapports collectifs que le phénomène s'est manifesté. En effet, le droit français des syndicats présente un caractère original car il ne concerne pas exclusivement les chefs d'entreprises, en tant qu'employeurs et les salariés ; la forme du syndicat est ouverte à tous ceux qui exercent une activité professionnelle. « *Non*

¹⁴³⁵ P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », Droit Social, 1952, p. 437

*seulement elle permet à des chefs d'entreprises d'ordonner leur activité économique, au même titre que leur activité sociale, mais elle est également ouverte aux exploitants agricoles, aux artisans, aux membres des professions libérales, aux fonctionnaires publics. Le droit syndical s'étend ainsi bien au-delà du droit du travail subordonné*¹⁴³⁶. »

La même observation peut être faite pour les conventions collectives : *« L'entente dont conviennent les chefs d'entreprise industrielles ou commerciales, les accords conclus entre les syndicats médicaux et les caisses de sécurité sociale ont la même nature ; les problèmes qu'ils soulèvent sont identiques à ceux que posent les conventions collectives de travail. Dans tous les cas, il s'agit de déterminer si un groupement peut imposer des règles de conduite collective, y parvenir, et quelles sanctions réprimeront la violation des règles professionnelles. La convention collective est beaucoup moins une institution du droit du travail qu'une forme de l'organisation de la vie professionnelle*^{1437 1438}. »

De même, la grève a-t-elle cessé d'appartenir, en propre, au droit du travail, avec les grèves de fonctionnaires, de commerçants, de médecins ou d'exploitants agricoles¹⁴³⁹.

b- Dans le Droit de la Sécurité Sociale

631. Certes, l'indemnisation des risques sociaux a trouvé son origine, dans le Droit du travail, que ce soit pour les accidents du travail ou les allocations familiales, qui étaient rattachées au contrat de travail, mais dès 1939, le bénéfice des allocations familiales a été étendu à tous les éléments de la population. De même, un ensemble de lois ont fait bénéficier de la Sécurité Sociale d'autres catégories professionnelles, comme les fonctionnaires, les militaires, les magistrats, les étudiants... en dehors du champ d'application du droit du travail. L'indemnisation des risques sociaux n'est donc plus réservée à des salariés unis à l'employeur par un contrat de travail mais aussi aux « personnes économiquement faibles », suivant la terminologie de l'époque, utilisée par P. DURAND.

c- Dans les rapports individuels de travail

632. *« Le phénomène est particulièrement visible si l'on compare, à demi-siècle d'intervalle, la condition du salarié avec celle du fonctionnaire public. Une sorte de mimétisme a donné au droit du travail les traits que possède la fonction publique*¹⁴⁴⁰. »

En effet, le Droit du travail a voulu donner aux salariés les mêmes avantages qu'aux fonctionnaires par le biais des lois et des conventions collectives : la qualification

¹⁴³⁶ P. DURAND, Ibid

¹⁴³⁷ P. DURAND, Ibid

¹⁴³⁸ Dans le même sens, cf J. BARTHELEMY, « Une convention collective de travailleurs indépendants », Droit Social, janvier 1997

¹⁴³⁹ Voir également, J. BARTHELEMY, « Essai sur la parasubordination », SSL, 8 septembre 2003

professionnelle, les conditions requises pour tenir un emploi, les règles relatives à l'avancement, les droits attachés à l'ancienneté, la fixation du taux des salaires, le pouvoir disciplinaire du chef d'entreprise... L'analogie des techniques employées avec celle de la Fonction publique est manifeste.

Par ailleurs, le contrat de mandat a subi, lui aussi, l'influence du Droit du travail, dès lors « *que l'accomplissement d'actes juridiques pour le compte d'autrui répond à l'exercice d'une profession et que le mandataire est placé dans une situation d'étroite subordination. On ne saurait, d'autre part, oublier qu'un certain nombre de rapports juridiques sont soumis au droit du travail indépendamment de toute qualification du contrat, alors que l'on se trouve en présence de mandataires ou d'entrepreneurs*¹⁴⁴¹. »

Dès lors, il ne restait que les chefs d'entreprises et les membres des professions libérales qui échappaient à l'application du droit du travail. Par conséquent, pour rendre au Droit du travail son unité, il est préférable de se référer à l'activité professionnelle et non plus à la notion traditionnelle du travail dépendant.

« *Puisque les éléments d'un droit de l'activité professionnelle existent déjà, pourquoi ne pas les réunir dans une traduction d'ensemble ? On y parviendrait sans peine pour le droit de la sécurité sociale, ainsi que pour les rapports collectifs du travail. La difficulté serait plus grande pour le droit des rapports individuels du travail...*

*L'extension du droit du travail à tous les « contrats d'activité » inciterait sans doute à prêter plus d'attention à tous les aspects du droit professionnel*¹⁴⁴². »

Cette référence au « contrat d'activité » devait trouver un écho, plus de quarante années plus tard.

2) Le contrat d'activité : le rapport Boissonat au Commissaire Général du Plan¹⁴⁴³

Le travail de la Commission dégage des orientations intéressantes, qui posent, cependant, des difficultés certaines.

a- Les idées-forces

633. Ce rapport anticipe sur le sort du Droit du travail au XXI^{ème} siècle. Constatant que le contrat de travail à durée indéterminée a perdu à la fois de sa stabilité et de son assise, il

¹⁴⁴⁰ P. DURAND, Ibid

¹⁴⁴¹ P. DURAND, op. cité

¹⁴⁴² P. DURAND, op. cité

¹⁴⁴³ Rapport de la commission présidée par J. BOISSONAT « Le travail dans vingt ans », La Documentation française, Editions O. Jacob, Paris, octobre 1995

propose de forger un contrat plus stable et plus étendu, qui abriterait, sous un régime commun, non seulement les différentes formes de contrats, mais aussi différentes positions d'activité : formation, travail indépendant, création d'entreprises, bénévolat ou même inactivité (congrés sabbatiques). Il n'y aurait plus de solution de continuité entre les différentes formes de participation à la vie économique et sociale, qui donneraient toutes droit à une même protection sociale. Tel est l'objet de la proposition de « contrat d'activité » présentée dans le rapport de la Commission du Commissariat général du Plan, chargée par le gouvernement français d'étudier l'évolution du travail et de l'emploi, à l'horizon des vingt prochaines années. Un ensemble d'entreprises formerait, ainsi, un groupement, qui gèrerait des contrats d'activité, permettant aux bénéficiaires de passer d'une entreprise à l'autre et d'une position à l'autre.

634. La notion de carrière, mise à mal par le développement de l'emploi précaire, se voit ainsi revalorisée et élargie : au lieu de se dérouler au sein d'une grande entreprise, elle se déploie dans un ensemble d'entreprises (petites ou grandes) et s'étend à différentes formes d'activité, les transitions de l'une à l'autre étant facilitées et surtout organisées.

La proposition du contrat d'activité vise à prendre en compte deux types d'évolution : les nouvelles représentations du travail et les nouvelles conditions générales de l'efficacité économique. En effet, les représentations du travail s'élargissent : le contenu du travail change ainsi que les modes d'organisation de ce travail. De surcroît, le temps de travail subit lui aussi une évolution. Il importe dès lors d'élargir le cadre de la relation d'emploi : « *quant à son objet (l'activité productive sous différentes formes), sa durée (la pluriannualité) et le champ de la responsabilité sociale (le réseau productif et la co-activité)*¹⁴⁴⁴. »

Aussi, pour rester compétitives et survivre dans le cadre d'une concurrence sans cesse accrue, les entreprises doivent pouvoir s'adapter, très vite, aux conditions du marché et faire preuve d'une grande réactivité et d'une grande souplesse. Les organisations productives évoluent : on assiste à « *une diffusion de la responsabilité économique et sociale au-delà de l'entreprise, en particulier au sein des réseaux de sous-traitance ou co-traitance*¹⁴⁴⁵. »

635. De même, le contenu du travail évolue, passant du travail productif direct et subordonné au travail global. Dès lors, l'objet du contrat de travail n'est plus à même de rendre compte de cette mutation protéiforme. « *Il rend mal compte de l'utilité productive de tout ce qui procède de l'autonomie de la personne comme l'investissement en formation,*

¹⁴⁴⁴ T. PRIESTLEY, « A propos du contrat d'activité proposé par le rapport Boissonat », op. cité

¹⁴⁴⁵ Rapport Boissonat, op. cité, p. 283

l'implication dans le travail, les qualités relationnelles et, plus généralement, toutes les tâches autonomes et dématérialisées¹⁴⁴⁶. »

La notion de temps de travail elle aussi change en profondeur... en raison de l'évolution des contenus du travail, notamment de l'importance prise par la réflexion, le travail intellectuel. Le temps de travail ne correspond pas seulement au temps de travail passé dans l'entreprise : « *il ne s'épuise plus dans les limites temporelles du contrat de travail¹⁴⁴⁷* ». L'un des objectifs, que le contrat d'activité poursuit, consiste à mettre en place un dispositif ouvrant « *des possibilités plus nombreuses d'itinéraires individuels diversifiés¹⁴⁴⁸* », ce qui suppose de gérer et de garantir la mobilité des individus. Le contrat d'activité doit « *donner au système productif les capacités d'adaptation requises¹⁴⁴⁹* » et la relation d'emploi doit être gérée collectivement, à l'intérieur d'un marché interne du travail.

Une fois dégagés les objectifs du contrat, apparaissent, très vite, ses limites.

b- Les limites du contrat d'activité

636 Le dispositif, introduit par le rapport Boissonat, remet en cause le pouvoir de structuration du marché du travail, qui appartient au Droit du travail. Se pose également la question de son financement, même si le rapport suggère la mutualisation du financement du contrat d'activité. Les entreprises appartenant au « réseau » verseraient, à un fonds commun, une partie des cotisations sociales patronales traditionnellement affectées à l'indemnisation du chômage ou contribuant à l'effort de formation. La proposition n'est sans doute pas applicable... tout du moins dans l'état actuel des choses. Elle invite toutefois à une réflexion sur les perspectives du travail.

Certaines caractéristiques juridiques, d'ordre général, du contrat de travail seraient, en outre, mises à mal par le contrat d'activité et ce, à raison de l'éclatement des relations de travail induit par la multiplicité des composantes du « réseau ». Il en est ainsi du caractère *intuitu personae* du contrat de travail, car, l'employeur choisit un salarié en fonction des qualités de celui-ci, eu égard aux exigences et au profil de l'emploi à pourvoir. Qu'en sera-t-il du réseau ? Le caractère personnel du contrat de travail se révèle difficilement conciliable avec la pluralité d'employeurs.

Le caractère synallagmatique, en vertu duquel les obligations des parties au contrat sont dans l'interdépendance les unes des autres, est lui aussi affecté par le contrat d'activité. En effet, la proposition Boissonat inscrit le contrat d'activité dans un cadre pluriel, dans une logique de

¹⁴⁴⁶ Rapport Boissonat, op. cité, p. 282

¹⁴⁴⁷ Ibid

¹⁴⁴⁸ Ibid

réseau, de groupement. Il devient, dès lors, beaucoup plus délicat de gérer les relations contractuelles puisque le contractant « réseau » se compose d'une pluralité d'entités poursuivant des objectifs propres, ayant des intérêts et des logiques diverses.

637. Le rapport veut, également, faire admettre que l'activité de formation professionnelle continue participe du travail, idée que F. FAVENNEC-HERY avait déjà soulignée de façon différente : « *L'évolution des finalités de la formation comme celle de son processus, qui s'échelonnent tout au long de la vie active ou de ses modes de certification, démontrent à l'évidence le caractère permanent du lien entre travail et formation* ». ¹⁴⁵⁰

En fait, bon nombre d'auteurs se sont penchés sur l'avenir du droit du travail, en insistant sur la mise en place d'un statut de l'actif.

B- Les opinions doctrinales sur la recherche d'un statut de l'actif

Certains ont, bien évidemment, commenté ou repris l'idée du contrat d'activité du rapport Boissonat (1) ; d'autres exploitent des voies divergentes (2).

1) Les réactions sur la proposition du contrat d'activité

638. Comme l'indique le rapport, l'accent doit totalement, être déplacé sur l'emploi : le contrat de travail est, alors, remplacé par une nouvelle construction, le contrat d'activité ¹⁴⁵¹. Le terme d'activité sert à désigner le travail indifférencié, il n'a d'autres connotations que celle de neutralité, au regard de la forme juridique employée, et cette neutralité lui permet de recouvrir des situations marquées par l'hétérogénéité. « *En somme, l'utilisation du terme d'activité sert à pallier l'ambiguïté du terme de travail...la politique de l'emploi vise en effet dorénavant au développement de l'activité, et non plus seulement au développement de l'emploi salarié* » ¹⁴⁵². Il s'agit de trouver une forme juridique, qui, sans remettre en question le caractère synallagmatique de l'utilisation de la main d'œuvre, garantirait un maximum de flexibilité, tout en réduisant, par une répartition, les risques de l'emploi.

639. Une telle réforme ne peut se réaliser que si les formes existantes de travail sont rattachées, les unes aux autres, à l'aide du contrat d'activité, qui regroupe, alors, les contrats

¹⁴⁴⁹ Ibid

¹⁴⁵⁰ F. FAVENNEC-HERY, « Travail et formation : une frontière qui s'estompe », revue Internationale du travail, vol. 135, 1996, p. 726

¹⁴⁵¹ Voir T. PRIESTLEY, « A propos du contrat d'activité proposé par le rapport Boissonat », Droit Social, 1995, p. 955

de travail traditionnels, avec leurs variantes, mais aussi tous les contrats, de plus en plus nombreux, « libérés » du droit du travail. Il devient ainsi possible de varier, ou de combiner, les différentes formes, et d'institutionnaliser un emploi « glissant »¹⁴⁵³.

Parallèlement, les systèmes de protection sociale doivent être redéfinis et rattachés à l'activité.

640. Les auteurs du rapport n'envisageaient rien de moins qu'une « refondation du droit du travail », en proposant de faire advenir un « droit de l'activité » aux lieu et place d'un modèle épuisé. Un auteur s'est, dès lors, interrogé, sur l'avenir du Droit du travail, en mettant en avant les travaux de la commission BOISSONAT¹⁴⁵⁴ : *« Cette perspective rappelle la suggestion, naguère opposée au simplisme d'un « partage du travail », de reconstruire un cadre juridique à partir d'un principe de liberté du travail, compris de manière assez dynamique pour assurer pleinement les exigences d'une authentique « libération du travail » et accueillir d'autres modes d'exercice que l'activité subordonnée »*.

Un chercheur allemand, G. SCHMID¹⁴⁵⁵, propose, lui, une solution assez proche, sur le plan idéologique, du contrat d'activité préconisé par J. BOISSONAT : les marchés du travail transitoire. Partant du postulat que le plein emploi demeure un objectif irréalisable, l'auteur envisage d'organiser les périodes de vie au cours desquelles le temps de travail diverge de la norme, les transitions devant alors permettre d'éviter le chômage de longue durée. Il s'agirait de mettre en œuvre *« une politique de l'emploi fondée sur de nouvelles formes de coopération permettant le recours à diverses formes d'emploi transitoire tels que le chômage partiel, le travail temporaire, la formation permanente et le recyclage, les congés sabbatiques et parentaux ou les congés-formation qui sont socialement mieux tolérés que le chômage. »*

G. SCHMID distingue, in fine, plusieurs formes de transitions : le temps partiel et le travail à temps plein, l'activité salariée et non salariée, le chômage et l'emploi, les études ou la formation et l'emploi, les activités domestiques et l'emploi, la situation d'emploi et la retraite. Il met l'accent sur le fait que le fonctionnement de ces marchés transitoires appelle à repenser les articulations entre les salaires et les transferts découlant de l'impôt, mais également à faire place, à côté de l'emploi classique, à des activités sociales « ou d'intérêt public valorisées sur le marché ». En cela, il se rapproche des promoteurs de la notion d'activité socialement utile.

¹⁴⁵² F. GAUDU, « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », Droit Social, juin 1995

¹⁴⁵³ Voir S. SIMITIS, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », Droit Social, juillet-août 1997

¹⁴⁵⁴ A. JEAMMAUD, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Droit Social, mars 1998

¹⁴⁵⁵ G. SCHMID, « Le plein emploi est-il encore possible ? Les marchés du travail transitoires en tant que nouvelles stratégies dans les politiques de l'emploi », Revue Travail et Emploi, n° 65, p. 5

2) Les autres courants doctrinaux sur le devenir du Droit du travail traditionnel

641. Selon G. LYON-CAEN¹⁴⁵⁶, l'opposition entre travail salarié et travail non-salarié n'est pas vraiment claire. La notion de travail indépendant, non-salarié, non subordonné, est négative, hétérogène, et la notion de travail indépendant est imprécise, puisque certains travailleurs indépendants sont dans une véritable situation de dépendance économique. Il émet alors la proposition de créer un Droit du travail non-salarié, commun aux travailleurs indépendants, en dépit de leurs diversités, pouvant permettre l'encadrement de certains contrats et conduisant, implicitement, à la disparition du droit du travail traditionnel.

642. Avec une approche théorique très éloignée de celle de G. LYON-CAEN, au milieu des années quatre-vingt-dix, de nombreux écrits et débats se sont focalisés autour de la problématique du travail et de son devenir. Parmi les multiples contributions à ce débat, se dessine un courant, de type néo-libéral, qui tend, schématiquement, à montrer que le nouveau contexte économique doit conduire à une contraction de l'emploi salarié classique sous sa forme typique, et à sa transformation progressive, et/ou partielle, en activités et prestations liées aux besoins flexibles des entreprises. Ces auteurs refusent ainsi l'assimilation, voire la confusion, entre travail et emploi^{1457 1458}.

Cette démarche et ces propos ne font le plus souvent que conforter les débats récurrents sur la flexibilité externe du travail et le déplacement progressif de la relation, fondée sur le contrat de travail, vers une relation de nature commerciale.

643. De manière plus précise et en suivant l'analyse juridique de M.L. MORIN¹⁴⁵⁹, il faut distinguer diverses conventions de partage de risques : risque de l'emploi proprement dit, transféré sur le travailleur lui-même, directement ou indirectement, par l'externalisation et la substitution progressive du droit commercial au droit du travail, dans la régulation de fait de l'emploi ; risque économique pour les indépendants qui sont en réalité intégrés techniquement à une activité d'entreprise ; risques liés à la sécurité, notamment dans la co-activité de multiples entreprises ; risques sociaux, enfin, dès lors que la couverture de ces risques est liée très fortement au contrat de travail. Du fait de la diversité des situations de travail, un même

¹⁴⁵⁶ G. LYON-CAEN, « Le droit du travail non-salarié », Sirey, Paris, 1990, n° 1

¹⁴⁵⁷ Voir en ce sens, A. JEAMMAUD, Ibid : « *Convient-il de distinguer un droit de l'emploi à côté du droit du travail proprement dit ? Délicate question si l'on considère la polysémie du terme « emploi » désignant aussi bien la situation individuelle que procure un rapport de travail qu'un certain état du marché du travail.* »

¹⁴⁵⁸ Tantôt elle englobe une notable partie du régime des rapports de travail : J. PELISSIER, « Droit de l'emploi », Dalloz, Paris, 1^{ère} éd., 1996, tantôt elle recouvre un ensemble plus limité et spécifique de dispositions : A. BENOIT, « Droit de l'emploi », PUG, Grenoble, 1995.

¹⁴⁵⁹ M.L. MORIN, « Crise de la société salariale et transformation des relations contractuelles », LIRHE, université de Toulouse, septembre 1997

travail peut être réalisé sous des formes juridiques différentes et une même personne peut travailler pour une ou plusieurs personnes dans le cadre de relations également différentes.

644. Le Code du travail ne peut plus, dans ces conditions, demeurer seulement le Code du travail salarié¹⁴⁶⁰. « *Il est alors nécessaire de sortir du droit du travail pour envisager la manière dont ses finalités mêmes peuvent être atteintes sous d'autres formes, soit dans le cadre du droit des contrats commerciaux de dépendance, soit dans le cadre du droit agro-alimentaire*¹⁴⁶¹. »

Tous ces auteurs insistent sur la nécessité d'assurer la protection de la personne physique dans la réalisation de son activité professionnelle, d'assurer un minimum de sécurité économique dans les échanges. Il faut équilibrer la répartition des risques et des profits, sans pour autant que le Droit du travail devienne le droit commun des contrats de dépendance économique, définis par G. J. VIRASSAMY¹⁴⁶² comme « *les contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination.* » En effet, les solutions apportées aux difficultés que suscitent ces contrats ne sont pas toujours satisfaisantes.

« *Trop peu de travaux transversaux ont poursuivi la recherche d'un droit du travail non-salarié, entreprise par le professeur G. LYON-CAEN*¹⁴⁶³ ».

Ce constat aboutit, ainsi, à une mise du travail en perspectives¹⁴⁶⁴, avec une idée directrice : « *la construction d'un droit au travail dans le droit du travail reste plus que jamais nécessaire dans le contexte des nouvelles formes de développement qui s'annoncent*¹⁴⁶⁵. »

*

* *

645. Si l'on veut résumer les diverses hypothèses et propositions qui ont été développées dans les années 90, quant à l'avenir du Droit du travail, il est possible de distinguer deux

¹⁴⁶⁰ Voir M. L. MORIN, "Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise" in « Le Travail en perspectives », sous la direction d'A. SUPLOT, L.G.D.J., 1998

¹⁴⁶¹ Voir P. CHAUMETTE, "Quel avenir pour la distinction travail dépendant / indépendant ?", Ibid

¹⁴⁶² Cf G. J. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », thèse, LGDJ, Paris, 1986

¹⁴⁶³ P. CHAUMETTE, op. cité

¹⁴⁶⁴ C'est sous ce titre qu'a été publié un ouvrage collectif, coordonné par A. SUPLOT, regroupant les travaux et les réflexions de quarante auteurs d'horizons différents, aussi bien juristes que sociologues, économistes, politiciens, chercheurs ou hauts fonctionnaires.

¹⁴⁶⁵ J.B. de FOUCAULD, « Société post-industrielle et sécurité économique », in « Le travail en perspectives », op. cité

perspectives d'évolution : une perspective serait la disparition du Droit du travail, que l'on peut qualifier de « déréglementation »¹⁴⁶⁶ ; une autre consisterait à un changement d'objet par un passage d'un Droit du travail à un « Droit de l'activité » avec des dispositifs d'appui aux travailleurs et demandeurs d'emploi, dans toutes les négociations qu'ils doivent affronter sur les marchés externes ou internes du travail.

Formulée autrement, cette évolution, serait celle « *d'une transition d'un droit du travail saisissant le seul travail subordonné à un droit du travail sans adjectif* »¹⁴⁶⁷. C'est principalement dans cette voie que le droit communautaire, et plus particulièrement le rapport SUPLOT se sont engagés.

II- Les travaux de la Commission Européenne : le rapport SUPLOT de 1999

Intitulé dans sa version française, *Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*¹⁴⁶⁸, le rapport synthétise les évolutions du travail dans le monde et fournit des éléments de références, des analyses comparatives ponctuelles des droits du travail nationaux. Il préconise « *le réexamen d'une catégorie, la subordination, que les évolutions des techniques et conditions du travail ont rendu opaque aux juristes eux-mêmes* »¹⁴⁶⁹. Cette démarche peut sembler surprenante puisque les experts se sont attachés au droit du travail¹⁴⁷⁰ plus qu'à l'emploi¹⁴⁷¹.

Les orientations du rapport en sont d'autant plus intéressantes, car à partir des principes fondateurs (A) il est possible d'élaborer le statut du travailleur (B).

A- Les principes fondateurs d'un statut homogène du travailleur

Nous examinerons d'abord les lignes directrices dégagées dans ce rapport (1), avant d'aborder le rôle primordial de la négociation collective (2).

¹⁴⁶⁶ Voir A. JEAMMAUD, « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Droit Social, 1998, p. 211

¹⁴⁶⁷ Expression empruntée à A. JEAMMAUD, « Programme pour qu'un devenir soit un avenir », Droit Social, mai 1999

¹⁴⁶⁸ « Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe », sous la direction d'A. SUPLOT, Paris, Flammarion, 1999

¹⁴⁶⁹ Expression empruntée à A. JEAMMAUD, « Programme pour qu'un devenir soit un avenir », Op. cité

¹⁴⁷⁰ Cf, conclusions du rapport, « Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe », Droit Social, mai 1999

¹⁴⁷¹ Ut infra

1) Les orientations générales

646 Face aux évolutions, le groupe d'experts¹⁴⁷² tient à souligner la nécessité de deux principes alternatifs ; la réaffirmation du principe fondamental selon lequel les parties à une relation de travail ne sont pas maîtresses de sa qualification juridique et la volonté d'élargir le champ d'application du droit social pour englober toutes les formes de contrat de travail pour autrui et pas seulement la subordination étroite du travailleur.

Dans cette perspective, le groupe préconise les orientations générales suivantes¹⁴⁷³ :

- L'adoption d'une définition communautaire de la notion de travailleur salarié.

Cette définition commune n'existe, actuellement, qu'en matière de libre circulation des travailleurs, en l'imposant, la Cour de justice a voulu éviter qu'un Etat puisse, par le jeu d'une définition restrictive, limiter à son gré le champ d'application de ce principe¹⁴⁷⁴.

- Le maintien du pouvoir de requalification du contrat de travail par le juge.

La technique, éprouvée jurisprudentiellement du faisceau d'indices, doit permettre d'adapter le champ d'application du Droit du travail aux nouvelles formes d'exercice du pouvoir dans l'entreprise, en se gardant de toute définition restrictive de la subordination sur la base d'un seul critère, que ce soit celui de la dépendance économique ou celui de l'intégration à l'entreprise d'autrui.

- La consolidation d'un statut spécifique de l'entreprise d'intérim.

La mise en chantier de catégories de co-activité et de co-responsabilité des employeurs, devrait permettre de recentrer le problème de complexification né du recours accru à l'entreprise dépendante. Parallèlement, la lutte contre le trafic de main d'œuvre reste une priorité¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷² Le rapport a été présenté et discuté lors d'un colloque international qui s'est tenu à Madrid en juin 1998. Il est l'œuvre d'un groupe interdisciplinaire qui comprenait les professeurs M.E. CASAS (Université Complutense de Madrid), J. De MUNCK (Université de Louvain), P. HANAU (Université de Cologne), A. JOHANSSON (Université de Stockholm), P. MEADOWS (National Institute of Economic and Social research de Londres), E. MINGIONE (Université de Padoue), R. SALAIS (IDEHE, CNRS/ENS de Cachan), A. SUPLOT (CNRS/Université de Nantes) et P. VAN DER HEIJDEN (Université d'Amsterdam).

¹⁴⁷³ Voir en ce sens, « Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe, conclusions du rapport », Droit Social, mai 1999

¹⁴⁷⁴ Ce motif vaut pour l'ensemble des dispositions du droit social communautaire.

¹⁴⁷⁵ Tout cela pourrait faire l'objet, dans le respect du principe de subsidiarité, d'une intervention européenne sur le modèle des directives relatives à la prestation de service intraeuropéenne ou de la directive imposant une coordination aux entreprises intervenant sur un même chantier de bâtiment ou de génie civil pour la santé et la sécurité des travailleurs.

- L'application de certains aspects du droit du travail aux travailleurs qui ne sont ni salariés, ni entrepreneurs¹⁴⁷⁶.

Les travailleurs qui ne peuvent être qualifiés de salariés, mais qui se trouvent dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d'un donneur d'ordre, doivent pouvoir bénéficier des droits sociaux que justifie cette dépendance.

647. Le rapport envisage, ainsi, la transformation du contrat de travail en la forme élargie d'un « statut professionnel des travailleurs¹⁴⁷⁷ ». Dans le Droit du travail traditionnel, la notion de statut professionnel relie des formes de protection diverses et la qualification des situations de travail dans lesquelles se déroule la vie du travailleur. Or, le modèle fordiste du statut professionnel est en voie de décomposition, alors que la stabilité du statut était typiquement assimilée à la continuité d'un emploi toute la vie durant ; cette continuité de l'emploi est mise en question par la flexibilisation interne¹⁴⁷⁸ ou externe¹⁴⁷⁹, de même que par l'existence du chômage. De plus, le statut professionnel s'efface au profit d'autres définitions, notamment celle fondée sur le poste de travail évalué en termes monétaires. Enfin, l'unicité de l'employeur est mise en échec, tant en synchronie (groupes ou réseaux d'entreprises) qu'en diachronie (succession d'employeurs).

Dès lors, le choix du groupe d'experts n'est pas de maintenir un modèle de l'emploi au sein du droit du travail car ce serait méconnaître l'inéluctable flexibilisation du travail, il préconise, en conséquence, une reconfiguration de la notion de sécurité, selon trois axes :

- Le statut professionnel doit être redéfini, de façon à garantir la continuité d'une trajectoire plutôt que la stabilité des emplois. Afin de protéger le travailleur, dans les phases de transition entre des emplois, il faut être très attentif aux droits de reclassement en cas de licenciement, aux changements de statuts, aux couplages entre formation et emploi, chômage et formation, école et entreprise, à l'accès au premier emploi, et à l'évitement du chômage de longue durée.

- Il faut, ensuite, construire de nouveaux instruments juridiques pour assurer la continuité de l'état professionnel des personnes, malgré la diversité des situations de travail : c'est plus ou moins l'abandon du modèle de la carrière professionnelle linéaire. Les

¹⁴⁷⁶ Le besoin d'une protection adaptée à la situation propre de ces travailleurs a été pris en considération par plusieurs droits nationaux : droit allemand et droit italien.

¹⁴⁷⁷ Le terme utilisé dans le rapport SUPLOT est « statut professionnel » mais il n'indique pas vraiment comment cette nouvelle forme de statut établirait un lien entre les droits sociaux et économiques et les antécédents d'un individu en matière de formation, d'éducation et de participation à des activités utiles mais non rémunérées exercées en sus d'emplois rémunérés. Il s'ensuit que le « statut professionnel » est suggéré en tant que solution substitutive.

¹⁴⁷⁸ Transformations du travail au service d'un même employeur

¹⁴⁷⁹ précarisation des contrats

interruptions de carrière et les réorientations d'activité doivent être considérées comme les conditions normales de cet état professionnel et cette continuité nécessaire peut être assurée par la loi ou par la convention collective.

- Enfin, le statut professionnel doit être déterminé, non plus à partir de la notion restrictive d'emploi, mais de la notion élargie de travail et le droit social ne peut plus rejeter dans l'ombre les formes non marchandes du travail. Cependant, la notion d'activité a été écartée par le groupe, en raison de son indétermination. En effet, le travail se distingue de l'activité en ce sens qu'il répond à une obligation, volontairement souscrite ou légalement imposée, souscrite à titre onéreux ou gratuit, attachée à un statut ou à un contrat : le travail s'inscrit toujours dans un lien de droit.

648 Cette démarche implique, nécessairement de déplacer les limites de la catégorie officielle du travail dépendant, de manière à englober des travailleurs apparemment indépendants qui, bien qu'ils n'aient pas un contrat de travail, fondé sur des obligations mutuelles, ne sont pas vraiment établis à leur compte. Il s'agit ainsi de mettre en place un véritable droit social de l'actif dépassant les clivages traditionnels entre travail indépendant et travail salarié.¹⁴⁸⁰ Le rapport préconise ainsi un droit du travail qui intégrerait toutes les formes de travail ; *« un nouveau contrat qui devrait pouvoir fixer les nouvelles certitudes capables de compenser et d'équilibrer l'insécurité croissante de la durée du rapport de travail, propre à toutes les formes de travail, mais surtout au travail « parasubordonné » ou « semi-autonome »¹⁴⁸¹ ».*

Le rapport opte donc pour le maintien d'un Droit du travail¹⁴⁸², *« moyennant un remodelage d'envergure. D'un droit qui ne s'entende pas seulement d'un corps de règles traitant du travail pour autrui, mais qui soit foncièrement voué à limiter ou contrebalancer le pouvoir multiforme exercé sur le travailleur en visant à satisfaire certaines exigences démocratiques¹⁴⁸³. »*

¹⁴⁸⁰ Voir en ce sens, B. TRENTIN, «Un nouveau contrat de travail», Droit Social, mai 1999

Les réflexions du rapport SUPIOT *« ne font que réaffirmer la conviction qui est la mienne que c'est seulement par l'évolution du droit du travail, par la conquête et la gestion de nouveaux droits individuels des travailleurs et par l'expérimentation de nouvelles formes de représentation du travail, axées sur de tels objectifs, que l'on peut espérer construire, une nouvelle cohésion et une nouvelle forme de solidarité entre les différents sujets du monde du travail ; ceux qui ont un emploi, ceux qui ne l'ont pas encore, et ceux qui l'ont perdu et cherchent à le rechercher ».*

¹⁴⁸¹ B. TRENTIN, Ibid

¹⁴⁸² Voir, A. LEBAUDE, «Un nouveau droit du travail pour les mutants du salariat», Le Monde, Economie, 9 février 1999

¹⁴⁸³ A. JEAMMAUD, «Programme pour qu'un devenir soit un avenir», op. cité

2) Les orientations en matière de négociation collective

649. Le groupe d'experts souligne l'expansion de la négociation collective, et ce dans plusieurs domaines :

- extension de l'objet : la négociation entre déjà résolument dans le champ de la gestion des entreprises (temps de travail, plans sociaux) et sert de lien entre les actifs et les non-actifs (maintien de l'emploi)
- extension des sujets : les négociations concernent aussi bien des travailleurs non-salariés que des patrons atypiques, comme le monde associatif
- extension des fonctions : marquée par une complexification du rapport entre loi et conventions collectives.

Cependant, ce dynamisme est susceptible d'être affecté par deux troubles, touchant la concertation sociale : le premier affecte la représentation, en raison de la désyndicalisation, l'autre résulte d'une tendance à complexifier cette représentation au sein du monde syndical.

650. Pour faire cesser ces dérives, le groupe propose plusieurs pistes. Tout d'abord, par un soutien actif des instances étatiques, notamment communautaires, à la recomposition de la négociation collective, l'ouverture du champ du négociable, ainsi que la pluralisation des sujets et des fonctions de la négociation doivent être encouragées, car elle est la seule réponse, face aux exigences de flexibilisation, qui soit conforme à la tradition du Droit du travail. Ce soutien peut passer par des obligations de négocier et des dispositions procédurales en matière de représentation.

En matière de représentation, le groupe s'inquiète d'un positionnement exclusif sur l'entreprise et préconise le débat, avec un double système de représentation dont la complémentarité l'emporte sur l'antinomie. Les syndicats ont besoin, en effet, de relais au sein des entreprises, pour que la légitimité passe par la voie élective ; inversement, la représentation d'entreprise doit pouvoir s'appuyer sur des instances de coordination à un niveau plus élevé, pour pallier les effets du « corporatisme d'entreprise ». Les auteurs mettent, aussi, en garde contre toute tendance néocorporatiste, refusant des formes de représentation alternative : l'ouverture des objets, des sujets et des fonctions implique, ipso facto, l'ouverture à des formes alternatives de thématisation de l'intérêt collectif. Tout cela conduit, en conformité avec les tendances de la jurisprudence communautaire, à déconseiller le principe du monopole syndical et simple.

Quant aux lieux de négociation, le groupe d'experts souligne l'importance d'une reconfiguration, autour de réseaux d'entreprises et de réseaux territoriaux, réunissant, (à

l'échelon municipal ou régional) entreprises et groupes d'intérêts. Cette configuration semble apte à relever les défis nés de la réorganisation des entreprises, et plus généralement, pourrait faciliter le passage d'une politique de l'emploi à une politique du travail.

Pour le principe de faveur, le groupe recommande de ne pas s'en tenir à une interprétation individualiste et monétaire de l'intérêt du travailleur, mais d'intégrer d'autres critères, collectifs ou non monétaires.

Le statut professionnel élargi, à bâtir selon ces recommandations, devra, alors, recouvrir l'essentiel du champ d'intervention du droit social.

B- L'élaboration du statut

Le rapport SUPLOT a posé les piliers du statut (1), mais il pose le problème de son instauration (2).

1) Les fondements théoriques : les « cercles » et les « droits de tirage sociaux »

A. SUPLOT distingue quatre cercles et il précise que le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes s'applique indistinctement aux quatre catégories de droits.

651. - Les droits sociaux universels : garantis à tous indépendamment de tout travail

Cette couverture universelle (droit aux soins de santé, droit à une aide sociale minimale, droit à la formation) a un périmètre variable selon les pays européens. Elle est, à peu près, réalisée en matière d'assurance maladie ; elle demeure à l'état de pétition de principe pour ce qui est du droit à la formation professionnelle¹⁴⁸⁴.

652. - Les droits fondés sur le travail non professionnel : charge de la personne d'autrui, formation de soi-même, travail bénévole, etc. De nombreux textes attachent, en effet, des droits ou avantages sociaux à l'exercice d'une activité socialement utile, c'est-à-dire d'un travail non professionnel¹⁴⁸⁵.

653. - Le droit commun de l'activité professionnelle¹⁴⁸⁶ : le droit du travail doit appréhender et régir d'autres formes de travail que le salariat, et notamment le travail de

¹⁴⁸⁴ Ut Infra

¹⁴⁸⁵ Ex : avantages retraites liés à l'éducation des enfants ; couverture accidents du travail pour certaines activités bénévoles.

¹⁴⁸⁶ Ut infra

certain indépendants, à l'instar de certains droits nationaux, en Italie ou en Allemagne qui accueillent d'autres formes de travail avec les travailleurs parasubordonnés¹⁴⁸⁷.

654 - Les droits propres au salarié : ce cercle ne devrait contenir que les dispositions directement liées à la subordination et faire une place à une gradation des droits, en fonction de l'intensité de cette subordination.

655 La continuité de la trajectoire professionnelle des individus serait rendue possible, grâce à la distribution de droits de « *tirages sociaux* », constitués de prérogatives qui s'exerceraient de façon optionnelle et non pas en fonction de la survenance de risques. Une personne ne serait pas titulaire d'un emploi, ou privée d'emploi, mais jouirait d'un état professionnel lui offrant une liberté du travail concrète grâce aux droits de tirage sociaux. Provisionnés par des moyens très divers (argent public, argent de la Sécurité sociale, de l'employeur ou d'organismes paritaires, comptes épargne temps ; etc.), ces droits permettraient au salarié d'exercer certaines libertés, de se former, d'entreprendre, de se consacrer à sa vie familiale ou à une activité désintéressée et d'être assuré de retrouver, ensuite, sa place sur le marché du travail. Ce type de droits permet d'instituer un triangle « liberté-sécurité-responsabilité ». L'auteur emploie une terminologie qu'il convient d'explicitier :

«Droits de tirage» : car leur concrétisation dépend d'une double condition, la constitution d'une « provision » suffisante et la décision de leur titulaire d'user de cette provision.

« Sociaux », aussi bien dans leur mode de constitution, que dans leurs objectifs (utilité sociale). A la différence du titulaire d'un effet de commerce, le tireur n'a ici de droit qu'au regard d'une finalité sociale déterminée : son droit de créance est « un droit fonction », ce qui permet de comprendre que cette créance ne puisse être librement endossée au profit d'un tiers. En revanche, l'utilité sociale, attribuée à cette fonction, justifie l'abondement de la provision par la collectivité ou par l'entreprise. Il convient, ainsi, de distinguer les deux facettes de ce type de droits :

- Ils opèrent, en premier lieu, une libération du temps, dont les modalités diffèrent actuellement, selon que ces droits sont utilisés dans le cadre de l'exécution du contrat de travail ou dans celui de sa suspension, ou en dehors de ce contrat. Le problème de la continuité du statut professionnel se pose en des termes différents selon ces hypothèses. Pris dans le cadre d'un contrat de travail, ce temps peut être assimilé à du temps de travail pour tous les avantages liés à la continuité du contrat, mais en dehors de ce cadre, on a recours à

¹⁴⁸⁷ Ut Infra

des techniques diverses, dont l'assimilation à du temps de travail au regard du Droit de la sécurité sociale.

- Les droits de tirage sociaux permettent, en second lieu, le financement d'un travail hors marché ou d'un co-financement. En effet, ces droits incessibles seraient financés par une provision alimentée, pour chacun, et selon la succession de ses situations, par des entreprises (salaires ou autres contributions dues aux subordonnés ou parasubordonnés), par l'Etat, (financement des missions d'intérêt général), par la Sécurité sociale, par des organismes paritaires de mutualisation (congrés de formation), par l'intéressé lui-même (compte épargne temps, droits à congés, épargne volontaire).

Pour la mise en œuvre de cette démarche, ambitieuse et novatrice, il manque à l'évidence, une structure permettant de rendre cohérent cet ensemble hétérogène de dispositions, en prenant note de toutes les conséquences des principes de continuité et de mobilité de l'état professionnel des personnes. Cette construction représente un chantier tellement important, qu'il est permis de s'interroger sur les modalités pratiques de son ouverture.

2) La problématique d'une mise en œuvre

666 Une grande question transversale concerne le niveau de mise en œuvre des orientations proposées, pour un devenir du Droit social : s'agira-t-il d'une construction effectuée au niveau communautaire ou au niveau des états membres¹⁴⁸⁸ ? Le groupe d'experts a entendu recenser les réflexions qui se dégagent des transformations actuelles de notre société, pour ébaucher un modèle de Droit du travail ou de Droit social, alternatif à l'impossible garantie d'un statut professionnel. Les orientations s'adressent aussi bien aux responsables nationaux qu'aux instances communautaires, voire même aux partenaires sociaux, européens comme nationaux. Il suggère toutefois d'adopter une définition communautaire de la catégorie de travailleur salarié ; de même, il propose que l'Union joue un rôle dans « *la formulation de règles fondamentales pour assurer une protection de base à tous ceux qui travaillent dans des conditions de dépendance économique* ».

Grâce à la qualité de ses analyses et au caractère novateur de ses propositions, ce rapport ouvre des perspectives précieuses pour la mise en place d'un Droit de l'activité lucrative. Il nous invite à réfléchir, à partir de ces orientations, mais sur « *bien des aspects, il reste*

¹⁴⁸⁸ Voir en ce sens, M. A. MOREAU, « Brèves observations dans une perspective communautaires », Droit Social, mai 1999

incomplet : les nouveaux modes d'intervention du juge, les acteurs atypiques de la décision socio-économique, les perspectives du dialogue européen, le revenu minimal garanti...¹⁴⁸⁹ »

Les propositions du rapport prolongent et « radicalisent celles du contrat d'activité du rapport Boissonnat. Ce n'est plus un pool d'entreprises qui garantirait, pour une période limitée, la continuité de la trajectoire de leurs employés. C'est un droit permanent qui assurerait, à travers l'alternance d'emplois salariés ou indépendants, de temps de formation, de travaux bénévoles ou d'utilité publique, et aussi de périodes d'inactivité, choisies ou contraintes, la continuité du statut de la personne.¹⁴⁹⁰ »

*

* *

657. Ce tour d'horizon des principaux travaux doctrinaux, concernant l'instauration d'un Droit de l'activité lucrative, dépassant le seul cadre des relations employeur-salarié, est riche d'enseignements pour tenter d'esquisser les contours de ce Droit.

Il permet, tout d'abord, de constater que depuis les premiers écrits, visionnaires, de P. DURAND, les évolutions économiques et sociales contemporaines n'ont pas cessé de susciter des travaux et des réflexions de grande qualité, en vue d'une reconnaissance et d'une élaboration d'un Droit de l'activité. Le rapport SUPIOT, notamment, reprenant et prolongeant le rapport BOISSONAT, a dressé un constat, impressionnant de lucidité et de justesse, de ce que sont et, plus encore, de ce que vont être, les trajectoires professionnelles des travailleurs, en ce début du XXI^{ème} siècle, dont le commencement est marqué par une mondialisation de plus en plus rapide des échanges et par une demande induite de flexibilité et de mobilité des travailleurs. Les préconisations des auteurs de ce rapport, dépassent, assez largement, le cadre beaucoup plus modeste des objectifs que nous nous sommes donnés : parmi les quatre cercles, définis par A. SUPIOT, pour sérier le champ d'un Droit de l'activité, nous éliminerons, donc, celui afférant au travail bénévole non professionnel.

Concernant le second cercle, relatif au droit commun de l'activité professionnelle, nous ne pensons pas que le Droit du travail ait vocation à régir les quasi-indépendants, la première partie de nos développements ayant visé à faire la démonstration de son inadaptation aux cadres quasi-indépendants. Néanmoins notre démarche demeurerait incohérente si, après avoir

¹⁴⁸⁹ J. DE MUNCK, « Les trois crises du droit du travail », Droit Social, mai 1999

¹⁴⁹⁰ R. CASTEL, « Droit du travail : redéploiement ou refondation ? », Droit Social, mai 1999

proposé la « sortie » de ces « quasi », de la protection du Droit du travail, nous ne leur proposons pas une alternative sécurisée¹⁴⁹¹.

S'agissant du quatrième cercle, il concerne le Droit du travail « stricto-sensu », avec les dispositions directement liées à la subordination, il n'appelle donc, pas de commentaire particulier.

Il reste, donc, les droits du premier cercle, qualifié de « droits sociaux universels », garantis à tous, qui recourent, d'une part, ce que P. DURAND appelait « l'indemnisation des risques sociaux », et d'autre part, le droit à la formation professionnelle.

Par rapport à la classification de ce dernier, nous n'intégrons pas, dans le Droit de l'activité, les rapports collectifs, considérant que la tradition syndicale française ne permet pas, dans l'immédiat au moins, de regrouper, au sein d'une discipline juridique unique, syndicats, salariés, syndicats de fonctionnaires, syndicats agricoles, syndicats d'artisans ou syndicats de professions libérales...

Une fois encore, notre volonté n'est pas d'ignorer la dimension de la négociation collective, pour la mise en place d'une organisation conventionnelle de l'activité des quasi-indépendants, mais nous avons préféré l'intégrer dans le contrat spécifique qui leur sera proposé, plutôt que de l'introduire dans le socle commun du Droit de l'activité¹⁴⁹².

Section 2- Les finalités du Droit de l'activité

658 A titre introductif, nous citerons les propos d'un haut fonctionnaire français, qui définissent, avec clarté, ce que doit être la démarche à suivre pour instaurer un droit de l'activité : « *Les nouvelles régulations juridiques qui tendent à se mettre en place n'ont fait que refléter les mutations de la société, sans effort de construction d'ensemble. Le moment est venu de définir beaucoup plus clairement les finalités et les objectifs visés. Il devient alors possible d'en retirer les pistes qui permettent de concilier adaptabilité et sécurité économique dans le cadre d'un nouveau contrat social.* »¹⁴⁹³

Offrir à nos concitoyens de la sécurité, tout en favorisant leur adaptabilité : telles doivent être les finalités d'un Droit de l'activité, tant il est vrai que ces deux objectifs recouvrent,

¹⁴⁹¹ Ut Infra, chap.2

¹⁴⁹² Ut Infra, chap. 2

aujourd'hui, l'essentiel de nos aspirations. Cependant, la coexistence de ces deux notions est loin d'être assurée : très souvent, flexibilité rime avec précarité, et il faut que le Droit intervienne, enfin, de façon systématisée, pour réunir sécurité et mobilité professionnelle.

« L'insécurité économique provoque de l'insécurité sociale. Il faut donc construire un système qui donne de la sécurité, de la continuité, de la stabilité aux personnes confrontées désormais à une multiplicité de situations possibles et à un devoir permanent d'adaptation... à ceux qui innovent, qui entreprennent, qui font l'effort de s'adapter, la société doit accorder son soutien et donner de la sécurité ; à ceux qui bénéficient d'un statut ou d'une sécurité de fait, le devoir d'adaptation s'impose »¹⁴⁹⁴.

Nous nous attacherons, donc, dans le même effort, à garantir la sécurité du travailleur (I), tout en favorisant sa mobilité (II).

I- Assurer la sécurité du travailleur

69. A titre préliminaire, il convient de sérier la notion de sécurité, que nous limiterons, ici, à la défense et au maintien de la santé et de l'intégrité physique du travailleur et de sa famille, la sécurité économique, tenant à la limitation du risque patrimonial lié à l'activité, devant être abordé plus loin¹⁴⁹⁵. Quant à la protection contre le risque, constitué par le chômage, elle pourrait, et devrait, en toute logique, trouver sa place dans le Droit de l'activité¹⁴⁹⁶, toutefois, en raison des différends récurrents, qui opposent les partenaires sociaux, pour la seule gestion du régime UNEDIC, il nous semble utopique d'envisager, dans un avenir proche, la généralisation d'un système d'assurance chômage. De manière pragmatique, nous examinerons, donc, le dispositif, envisageable pour les quasi-indépendants, dans les développements ultérieurs consacrés au contrat spécifique les concernant¹⁴⁹⁷, en ayant recours à des dispositifs déjà en vigueur.

En termes de sécurité du travailleur, nous aborderons, successivement, la garantie du risque maladie (A), puis celle du risque vieillesse (B).

¹⁴⁹³ J.B. De FOUCAULD, Inspecteur Général des Finances, « Société post-industrielle et sécurité économique », in « Travail en perspectives », LGDJ, 1998, p. 581

¹⁴⁹⁴ Ibid

¹⁴⁹⁵ Ut Infra, II- Favoriser la mobilité professionnelle

¹⁴⁹⁶ C'est le choix effectué par les auteurs du rapport SUPIOT avec les « droits de tirage sociaux »

A- La garantie du risque maladie

660. Pendant de longues années, l'harmonisation du statut fiscal et social des travailleurs indépendants avec celui des salariés a constitué une revendication majeure des organisations syndicales et professionnelles représentant les commerçants et les artisans. Il a fallu attendre la loi d'Orientation du commerce et de l'artisanat, du 27 décembre 1973, pour que le législateur entame un processus, visant à améliorer le dispositif applicable aux professions non-salariées.

A ce jour, les régimes d'assurance maladie, après un long cheminement, sont en voie d'harmonisation (1) ; en revanche, le suivi médical des actifs demeure discriminant (2).

1) Les régimes d'assurance

Un bref rappel historique traduit la variété des régimes, qui tendent pourtant à s'homogénéiser.

a- La diversité historique

661. Au plan social, l'origine des distorsions entre la protection des indépendants et celle des salariés était historique : c'est, en effet, la nécessité de protéger la santé des salariés, placés en état de subordination et donc de faiblesse, qui a présidé au vote des lois créatrices de notre système social^{1498 1499}.

Selon une tendance expansionniste, déjà évoquée, le champ d'application du système social des salariés avait certes été étendu à d'autres catégories^{1500 1501}, mais l'existence du lien de subordination a toujours été, pour le droit de la Sécurité Sociale, le critère

¹⁴⁹⁷ Ut Infra, chapitre 2

¹⁴⁹⁸ Loi du 9 avril 1898, D.P. 1898-4. 49 relative aux accidents du travail des ouvriers et employés

Loi du 5 avril 1928, D.P., 1929-4. 169 relative aux assurances sociales, complétée et modifiée par la loi du 30 avril 1930, D. P. 1931-4. 97

Décret loi du 28 octobre 1935, D. P. 1935-4. 492

¹⁴⁹⁹ La circulaire du ministre du Travail du 23 août 1930, D.P. 1931-4. 167 donnait une définition très révélatrice du champ d'application de la protection « *la qualité de salarié peut être déterminée...d'après la situation de fait devant laquelle se trouve l'intéressé...il faut que le travailleur qui remplit les conditions prévues par la loi soit, en fait, dans un rapport de subordination personnelle ou de dépendance économique à l'égard de celui qui l'emploie.* »

¹⁵⁰⁰ Cass. Civ., 25 nov. 1936. D.P. 1937-1. 89 incluant, dans le champ des assurances obligatoires, des gérants de magasins succursalistes.

¹⁵⁰¹ L'ordonnance du 19 octobre 1945, qui a refondu le décret-loi de 1935, dans son article 2, évoquait « toute personne travaillant à quelque titre ou en quelque lien que ce soit pour un ou plusieurs employeurs et quels que soient le montant et la nature de la rémunération, la forme, la nature ou la validité du contrat. »

d'application¹⁵⁰². Parallèlement, divers régimes catégoriels d'assurance maladie, à caractère professionnel ou interprofessionnel, avaient vu le jour, dans les professions non salariées, mais ils demeuraient très en deçà, à la fois quant à leurs cotisations, mais aussi quant aux prestations fournies, du régime général¹⁵⁰³. Dans ce contexte, *« partant du constat que le droit du travail associé au droit naissant de la Sécurité Sociale, procurait une protection sans équivalent par rapport aux systèmes voisins (indépendants, artisans, commerçants), la Cour de cassation a permis aux travailleurs frontaliers de plusieurs régimes de bénéficier de ce mieux disant social. Par une politique jurisprudentielle volontariste, elle a considéré comme salariés des travailleurs dont la subordination était loin d'être évidente¹⁵⁰⁴. »*

662. Suivant la même analyse, un nombre significatif de travailleurs indépendants ont, dans les décennies 70-80, opté pour le statut social de salariés, en demeurant gérants minoritaires de SARL ou dirigeants de SA, catégories affiliées par l'article L. 311-3 du Code de la Sécurité Sociale au régime général¹⁵⁰⁵. Cette double évolution a contribué à atténuer, au plan macroéconomique, les conséquences du différentiel de traitement social entre salariés et indépendants ; il n'en demeurait pas moins qu'un nombre significatif d'artisans, commerçants, ou professionnels libéraux se trouvaient en état d'infériorité manifeste, quant à leur protection sociale, et ce d'autant que leur statut fiscal accentuait ce handicap¹⁵⁰⁶. Avec l'apparition de la grande distribution, et les difficultés économiques qu'ont, dès lors, connues les petits commerçants de secteur indépendant, l'harmonisation des régimes sociaux est devenue l'une des principales revendications du petit commerce et de l'artisanat, et à partir de la loi ROYER¹⁵⁰⁷, le processus d'harmonisation s'est mis en marche.

¹⁵⁰² Sur la notion de lien de subordination en Droit du travail et Droit de la sécurité Sociale, voir P. PIGASSOU, « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale », Droit Social, juillet-août 1982, p. 578

¹⁵⁰³ Cf J.E. RAY, « De germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail », Droit Social, 1995, p. 634

¹⁵⁰⁴ J.E. RAY, Ibid

¹⁵⁰⁵ Ainsi que l'a fait remarquer J. BARTHELEMY, dans plusieurs de ses travaux, cette « migration » artificielle de travailleurs indépendants vers des régimes sociaux de salariés, s'est souvent effectuée en fraude de la loi, par création de sociétés fictives, car en réalité unipersonnelles. Il faut constater que la jurisprudence, prompt à requalifier un contrat d'entreprise fictif en contrat de travail, s'est peu préoccupée de sanctionner les « assimilés salariés » fictifs, qui venaient grossir les bataillons de cotisants au régime général.

¹⁵⁰⁶ Ut Infra

b- La marche vers l'harmonisation

Cette harmonisation concerne le régime d'assurance-maladie-maternité, et les prestations familiales et, aujourd'hui, au-delà de notre législation interne, il faut poser le problème à l'échelle de l'Europe.

663. - Assurance-maladie-maternité

La gestion du régime d'assurance maladie-maternité des non-salariés (non agricoles) est assurée par des organismes conventionnés auprès des Caisses mutuelles régionales, à caractère interprofessionnel, chapeautées par une caisse nationale, la CANAM. Les taux de remboursement des dépenses de santé sont identiques à ceux en vigueur dans le régime général des salariés, alors qu'historiquement, le «ticket modérateur» supporté par les non-salariés était beaucoup plus lourd que celui des salariés. L'affiliation à ce régime et à celui d'un régime d'assurance vieillesse, durant au moins un an, ouvre le droit à paiement d'indemnités journalières en cas d'arrêt maladie ou accident.

664. - Prestations familiales

La gestion est confiée aux Caisses d'Allocations Familiales, dont les conseils d'Administration regroupent des représentants des employeurs, des salariés, et des non-salariés. Les prestations sont versées indifféremment aux ressortissants des trois catégories, de manière identique.

665. - Vers une harmonisation des systèmes de sécurité sociale de l'Europe

Une harmonisation aurait pour finalité le rapprochement des systèmes de Sécurité sociale, voire leur uniformisation. Si cette perspective apparaît a priori souhaitable dans le cadre de la construction européenne¹⁵⁰⁸, le particularisme des différents systèmes nationaux fait néanmoins obstacle à sa réalisation. Eu égard à la diversité des formes de protection sociale, cette réflexion, encore embryonnaire, ne saurait déboucher sur l'adoption d'un système unique de Sécurité sociale en Europe.

Partant de ce constat, les textes communautaires éludent le plus souvent les aspects relatifs à la Sécurité sociale¹⁵⁰⁹. Les systèmes de Sécurité sociale européens demeurent, ainsi, profondément marqués par leur conception originelle¹⁵¹⁰ et par des efforts sociaux inégaux.

¹⁵⁰⁷ Loi n°96-603 du 5 juillet 1996

¹⁵⁰⁸ M. AUBRY, « Pour une Europe sociale », Rapport au ministre des Affaires sociales et de l'Emploi », 1988
« Qu'une réflexion indispensable reste à mener sur les thèmes aussi essentiels que la protection sociale dans la perspective d'un rapprochement des systèmes d'indemnisation du chômage et de financement de la maladie et de la retraite ».

¹⁵⁰⁹ Seule la définition adoptée par le droit communautaire en matière de coordination des systèmes nationaux de la Sécurité Sociale traduit un rapprochement par le droit de la Sécurité Sociale entre salariés et indépendants. En effet, suite à l'entrée dans la Communauté de pays dont la Sécurité sociale a une base universelle, la Cour de

Privilégiant l'emploi, l'Europe sociale n'aborde l'éventualité d'un rapprochement des systèmes de protection sociale qu'avec prudence pour laisser « *une indépendance sociale dans l'interdépendance économique et financière*¹⁵¹¹. »

En conclusion, l'harmonisation, en Droit Français, de la garantie du risque maladie peut être considérée comme réalisée même s'il demeure, quelques difficultés ponctuelles, concernant par exemple les cumuls d'activités salariées et non salariées qui pénalisent certains travailleurs pluri-actifs¹⁵¹². L'appartenance à un régime d'assurance salariée ou non-salariée n'est donc plus discriminante ; il n'en est malheureusement pas de même avec le suivi médical du travailleur.

2) Le suivi médical de l'actif

666. Il est surprenant de constater que les professionnels non-salariés, d'une part, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire contre les risques d'accidents du travail et maladies professionnelles, et d'autre part, ne bénéficient d'aucune surveillance médicale spécifique. Les risques professionnels courus par les travailleurs indépendants sont donc largement occultés¹⁵¹³.

Or, les risques professionnels sont les mêmes, pour un travailleur salarié et un travailleur non-salarié ; il est même possible d'affirmer qu'ils sont, parfois, plus importants pour un indépendant, non bénéficiaire de la législation du travail, que ce soit, par exemple, pour la durée de son activité ou pour la prévention des accidents du travail. De même, le non-salarié, chef d'entreprise, est souvent plus exposé au stress, en raison, notamment de la prise de risques inhérente à son statut juridique.

667. Une fois encore, l'explication est historique : le Droit du travail a été conçu pour une organisation économique et sociale particulière, celle que caricature la société industrielle

justice a étendu la notion de travailleur à ceux qui ont occupé successivement des emplois salariés et indépendants : CJCE, 29 septembre 1976 (Brack), aff. 17/76, Rec. 1976, 1429

Voir A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », Droit Social, février 2000

¹⁵¹⁰ L'Allemagne constitue le « berceau » de la Sécurité Sociale puisque, dès la fin du XIX^{ème} siècle, le chancelier BISMARCK a créé le premier système d'assurances sociales. Ce système, basé sur l'idée de solidarité professionnelle, a été repris sous des formes diverses dans de nombreux pays. On trouve parmi ceux-ci la France, les Pays-Bas, l'Italie et à un degré moindre la Belgique.

¹⁵¹¹ J.P. DUMONT, « Les systèmes de protection sociale en Europe ? », Economica, 2^{ème} ed., 1995

¹⁵¹² Notons, toutefois que la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, a exonéré des cotisations sociales le créateur d'entreprise, bi-actif, lorsqu'il a conservé à temps partiel son ancienne activité salariée. Cette loi a d'ailleurs fait beaucoup pour faciliter le passage du salariat à l'entrepreneuriat. Sur la question, voir G. AUZERO, « Transition entre le statut de salarié et celui d'entrepreneur », Bull. Joly, Sociétés, Août-septembre, 2003, Ut supra.

initiale, celle des Maîtres de forges. Au demeurant, à ses débuts, le Droit du travail s'appelait « législation industrielle »¹⁵¹⁴. Il est donc compréhensible que le Droit du travail se soit attaché à lutter contre la dangerosité des tâches, commandées aux salariés, et que la réglementation contemporaine assure une protection large et protéiforme de la santé du salarié au travail. A l'opposé, le non-salarié, entrepreneur majeur et responsable, a été complètement oublié dans cette démarche de protection des accidents et maladies professionnelles.

668. A notre époque, où le législateur se préoccupe, à juste titre, de la santé et de la sécurité de tous, y compris dans la sphère des accidents domestiques¹⁵¹⁵ ou dans celle des activités de loisirs¹⁵¹⁶, il n'est pas acceptable qu'aucun contrôle médical ne soit imposé à un travailleur non-salarié et, si l'on souhaite faciliter le passage d'un statut salarié à un statut non salarié, il est urgent de combler cette lacune. Le cadre quasi-indépendant, habitué, notamment, aux contrôles périodiques de la Médecine du travail, ne doit pas, s'il devient non-salarié, avoir le sentiment d'être abandonné ou ignoré par la collectivité : le droit à la santé et à la prévention constitue, sans conteste, l'un de ces « droits sociaux universels », recensés par le rapport SUPLOT¹⁵¹⁷.

669. Le principe en étant arrêté, il reste à en organiser l'application ; dans ce domaine sensible, touchant directement à la maîtrise des dépenses de santé, nous ne nous aventurerons pas vers une extension, pure et simple, de la Médecine du Travail en direction des non-salariés, et nous nous bornerons à préconiser l'obligation de réaliser un bilan annuel, auprès d'un praticien, avec, sans doute, certains examens complémentaires, pour des activités « à risque ».

Cette obligation périodique, outre son intérêt en matière de prévention, aurait aussi le mérite de sensibiliser le non-salarié à la nécessité de disposer d'une garantie sérieuse, en retraite et prévoyance, domaine dans lequel des insuffisances demeurent, par rapport au statut des salariés.

¹⁵¹³ Voir P. CHAUMETTE, « Les risques professionnels des travailleurs indépendants », in *Le travail en perspectives*, op. cit., p. 215

¹⁵¹⁴ Voir J. BARTHELEMY, « Essai sur la parasubordination », *SSL*, 8 septembre 2003

¹⁵¹⁵ Cf la réglementation récente pour la sécurisation des piscines privées.

¹⁵¹⁶ La pratique de la plupart des sports de loisir, en clubs, nécessite une visite médicale préalable.

B- La garantie du risque vieillesse et prévoyance

En raison des difficultés rencontrées par les systèmes fondés sur la répartition, il est nécessaire, pour rendre efficiente cette garantie, de se pencher sur les régimes obligatoires (1) mais aussi sur l'épargne retraite (2).

1) Les régimes obligatoires

670. Pour les salariés, le régime obligatoire retraite de base est géré par la CNAVTS, avec le concours des CRAM, et il est complété par un régime complémentaire obligatoire pour les cadres (AGIRC) et pour les non cadres (ARRCO)¹⁵¹⁸. Ces régimes ARRCO et AGIRC sont régis par des caisses correspondant aux divers secteurs professionnels. Les caisses gérant les régimes proposent, en outre, des régimes de prévoyance.

La gestion est assurée, pour les non-salariés, par de nombreuses caisses nationales, professionnelles, ou départementales, ou régionales interprofessionnelles, coordonnées pour le secteur artisanal par la CANCAVA, pour l'industrie et le commerce par l'ORGANIC et pour le secteur libéral, la CNVPI. En raison de la diversité des régimes, il est difficile d'opérer une comparaison avec le régime des salariés, sauf à constater que le plus souvent, l'âge de départ en retraite demeure fixé à 65 ans et que les prestations sont inférieures, si l'on fait abstraction des régimes complémentaires facultatifs.

671. En dépit des mesures d'harmonisation du droit français¹⁵¹⁹, des disparités marquées demeurent, notamment pour le régime vieillesse¹⁵²⁰, plus nettes entre les régimes spéciaux et le régime général, qu'entre celui-ci et les régimes de professions indépendantes.

En assurance vieillesse et prévoyance, les inégalités de couverture sont très prononcées et pénalisent les professions libérales. Qu'il s'agisse des droits des conjoints sur la retraite, des études des enfants, du remboursement des crédits en cours et même des risques d'invalidité, l'assurance prévoyance reste une question mal posée pour les indépendants (deux sur trois ne s'en préoccupent pas). Les assureurs et les professionnels de la prévoyance sont davantage amenés à vendre leurs produits qu'à conseiller les non-salariés souvent perplexes

¹⁵¹⁷ Ut Supra

¹⁵¹⁸ Les cadres cotisent dans le régime ARRCO, avec les autres salariés, à hauteur du plafond de sécurité sociale, au-delà, ils cotisent à l'AGIRC.

¹⁵¹⁹ Voir en ce sens, F. GAUDU, « Le statut de l'actif », Droit Social, juin 1995

¹⁵²⁰ La plupart des non salariés maîtrisent mal ce que sera leur retraite, même si la Loi MADELIN a réformé les régimes de base des non salariés : abaissement de l'âge légal à 60 ans, sauf pour les professions libérales,

sur le choix du meilleur volet social de leur nouveau statut. En outre, si les taux de cotisation ont été homogénéisés, chaque régime fonctionne avec ses règles propres, ce qui crée des effets discriminants en cas de changement de régime : ainsi un salarié, qui devient non-salarié en fin de carrière, ou un actif qui a subi des périodes d'activité à temps très partiel ou de chômage de longue durée va subir une minoration importante pour accéder au régime complémentaire. De même, que ce soit au sein des activités non-salariées¹⁵²¹ ou entre activité salariée et non-salariée¹⁵²², il existe des disparités significatives entre les régimes, qui vont à l'encontre de notre souci d'un statut homogène pour l'actif.

Certes, le cadre quasi-indépendant, qui choisit de prendre un statut d'entrepreneur, pourra conserver ses régimes salariés d'assurance maladie et retraite antérieurs, en constituant une société¹⁵²³, mais il s'agit là d'un expédient, conduisant souvent à utiliser des associés fictifs et, en tout hypothèse, générateur de coûts supplémentaires.

Il est donc temps de travailler à une véritable uniformisation des régimes de retraite et prévoyance, si l'on veut instaurer un Droit de l'activité homogène et lisible, qui efface les lourdeurs et les discriminations que rencontrent, aujourd'hui, les actifs qui changent de régimes légaux ou qui connaissent des ruptures dans leur cursus professionnel.

Cette démarche se révèle, également, nécessaire, lorsque l'on aborde l'épargne retraite.

2) L'épargne retraite

672. Au cours des « Trente Glorieuses », qui ont suivi la fin du dernier conflit mondial, la démographie française, conjuguée à la faiblesse du chômage, a permis d'assurer un fonctionnement très satisfaisant aux régimes salariés de retraite par répartition (ARRCO et AGIRC), à tel point que le régime de retraite des cadres a longtemps constitué la référence pour nombre d'actifs. Dans la même période, les régimes de retraites des non-salariés, certes

harmonisation des taux de cotisation et du mode de calcul des droits à pension. La condition d'âge légal est, cependant, remise en cause au profit d'une condition de durée d'activité.

¹⁵²¹ A titre d'exemple, la cotisation annuelle au régime invalidité-décès des artisans est appelée au taux de 2%, elle cesse à partir de 65 ans ; chez les industriels et commerçants, elle est de 1, 5 % et cesse à partir de 60 ans.

¹⁵²² Dans le régime des retraites salariées, issu de la loi du 21 août 2003, il est possible au retraité de reprendre sa dernière activité, moyennant une coupure de 6 mois et un revenu n'excédant pas, ajouté à sa pension de retraite, son dernier salaire d'activité, avant liquidation de sa pension.

Pour un professionnel libéral, la reprise est possible dès la liquidation mais le revenu net de l'activité doit rester inférieur au plafond annuel de la Sécurité Sociale.

¹⁵²³ Ut Infra

peu coûteux, faisaient pâle figure, d'autant que la loi fiscale refusait, aux non-salariés, la déduction fiscale des cotisations versées à des régimes complémentaires facultatifs.

Il est résulté de ce décalage, la création d'un grand nombre de sociétés commerciales, de type SARL ou SA, destinées à faire passer des chefs d'entreprise, du peu reluisant statut fiscal et social de non-salarié, à celui, envié, de salarié cadre. Ce changement de statut s'accompagnait souvent, de la mise en place d'un contrat collectif de retraite complémentaire (dit article 83, par référence au CGI), fondé sur un système « par capitalisation », lequel améliorait encore les futurs droits à retraite des cadres bénéficiaires.

Cette époque a coïncidé avec l'expansion, évoquée plus haut¹⁵²⁴, du Droit du travail et le phénomène, ci-dessus décrit, a contribué à faire du statut de salarié, le « statut protecteur », par excellence, même si le chef d'entreprise, devenu dirigeant « salarié », voyait, logiquement, son appartenance au salariat, limitée à son régime social et fiscal.

673. Désormais, la croissance et le plein emploi n'étant plus au rendez-vous, les régimes de retraite par répartition ne cessent de perdre de leur attrait et le législateur s'efforce d'encourager et de développer l'épargne salariale, en vue d'apporter, par des systèmes de capitalisation, des compléments financiers, aux futures pensions de retraite par répartition¹⁵²⁵.

Qu'il s'agisse de Plans d'Epargne d'Entreprise (PEE), Plans d'Epargne Interentreprise (PEI), Plans d'Epargne de Retraite Collectif (PERCO)¹⁵²⁶, ces dispositifs, réservés aux salariés, prennent en compte le besoin futur des retraités et de leurs familles ; ils sont donc, gages de sécurité.

674. Dans notre quête d'un Droit de l'activité, porteur de sécurité, cette épargne retraite constitue, à n'en pas douter, un dispositif à privilégier, et ce d'autant que le législateur a organisé, lorsque le salarié change d'employeur, le transfert des droits acquis dans le plan de l'ancienne entreprise, vers le plan de l'entreprise d'accueil.

Toutefois, ce constat optimiste doit, immédiatement, être tempéré, car le système, réservé aux salariés, ne s'applique plus au cadre quasi-indépendant devenu non-salarié. Certes, la loi MADELIN, consacrée à « l'initiative et à l'entreprise individuelle »¹⁵²⁷, a, sensiblement, amélioré la situation sus-évoquée des non-salariés : depuis son entrée en vigueur, il est possible, fiscalement, de déduire des résultats professionnels, le coût d'assurances facultatives, correspondant à des contrats de groupe, en matière de retraite,

¹⁵²⁴ Ut Supra, 1^{ère} partie

¹⁵²⁵ Voir, par exemple, la loi 2001-152 du 19 février 2001 sur l'Epargne salariale et la loi 2003-775 du 21 août 2003 sur la réforme des retraites.

¹⁵²⁶ Sur ces différents systèmes d'épargne, voir B. SERIZAY et B. PLATEL, « La loi sur les retraites », Ed. Liaisons, octobre 2004

prévoyance complémentaire et perte d'emploi subie¹⁵²⁷. Ces « contrats MADELIN » ont ainsi permis, aux non-salariés, d'accroître leur « sécurité », et ce avec des avantages fiscaux identiques à ceux des salariés¹⁵²⁹.

En matière d'épargne retraite, le régime des non-salariés n'apparaît donc plus dissuasif, lorsqu'il s'agit de quitter un statut salarié, néanmoins, si la loi DUTREIL¹⁵³⁰ a instauré un dispositif, bienvenu, d'aide à la transition entre statut salarié et non-salarié, elle n'a rien prévu pour assurer le transfert d'une épargne salariale vers un contrat MADELIN, alors que cette épargne salariale n'est pas rendue disponible, en cas de démission, par exemple.

Quoiqu'il en soit, les interventions législatives des dernières décennies ont sensiblement amélioré la sécurité des non-salariés, même s'il reste des lacunes ; il n'apparaît donc pas utopique d'envisager un régime unifié et homogène visant à assurer, en continu, la sécurité du travailleur, quel que soit son statut juridique et la variété de son parcours professionnel.

Favoriser la mobilité professionnelle de l'actif doit, d'ailleurs, constituer la seconde grande finalité du Droit de l'activité.

II- Favoriser la mobilité professionnelle

675. Le temps n'est plus où le salarié entrait dans une entreprise, pour y occuper son premier emploi, avec la perspective d'y accomplir l'intégralité de sa carrière professionnelle. Dans un environnement où tout évolue très vite, les institutions, les entreprises et les hommes sont perpétuellement en mouvement et en devenir et il est devenu habituel d'annoncer aux jeunes générations, qu'au cours de leur trajectoire professionnelle, elles connaîtront plusieurs métiers, plusieurs entreprises et, quelquefois, plusieurs pays.

Le Droit de l'activité, qui doit assurer et faciliter ce parcours, aura, donc, pour première mission, de réduire les obstacles susceptibles de gêner la mobilité, en harmonisant les statuts juridiques et fiscaux régissant les divers modes d'activité (A), avant de créer un cadre favorable à l'évolutivité du travailleur, par la généralisation de la formation continue (B).

¹⁵²⁷ Loi n° 94-126 du 11 février 1994

¹⁵²⁸ Sur cette loi, voir J. BARTHELEMY, « L'harmonisation du statut social des travailleurs indépendants sur celui des salariés », JCP, E, 1994, I, 375

¹⁵²⁹ La règle des 19 %, dont fait état J. BARTHELEMY, a été modifiée par la loi de réforme des retraites précitée, mais les nouvelles règles de plafonnement pour la déductibilité fiscale sont identiques pour salariés et non salariés.

¹⁵³⁰ Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003, voir G. AUZERO, « Transition entre le statut de salarié et celui d'entrepreneur », Bull. Joly Sociétés, août septembre 2003

A- L'harmonisation des statuts juridiques et fiscaux

676. De nombreux auteurs l'ont souligné : l'une des principales différences, qui sépare le contrat de travail du contrat d'entreprise, tient dans la personne qui assume le risque économique, juridique et financier de l'activité. Pris dans un lien de subordination, le salarié, même doté d'autonomie, travaille sous les ordres et sous le contrôle de l'employeur et il n'est tenu, à son égard, que d'une obligation de moyens ; quant au client, pour lequel travaille le salarié, il n'a de recours juridique que contre son employeur. Cette responsabilité, qui pèse sur l'entreprise de l'employeur, ne semble pas avoir été parfaitement prise en compte dans le mécanisme du portage salarial¹⁵³¹ ou dans les entreprises de travail à temps partagé¹⁵³² qui utilisent des salariés, souvent très qualifiés, sur lesquels elles n'exercent pas de véritable pouvoir de commandement ou de contrôle. Outre cet aspect, il est permis de s'interroger sur le devenir du contrat de travail entre salarié et entreprise de travail à temps partagé, en l'absence de mission permettant à l'employeur de réaliser du chiffre d'affaires pour payer le salarié¹⁵³³.

677. Quoiqu'il en soit, ce nouveau dispositif, auquel il faut ajouter les dispositions du même texte, qui assouplissent le fonctionnement des groupements d'employeurs¹⁵³⁴, démontre que le législateur cherche à créer des structures juridiques, susceptibles de favoriser la mobilité des salariés. Cependant, à vouloir légiférer de manière aussi décousue, le risque est important de créer plus de problèmes que l'on n'apporte de solutions : il peut sembler astucieux, a priori, de créer des structures intermédiaires, qui maintiennent un ancien salarié cadre dans le régime salarié, alors qu'il fonctionne véritablement en travailleur indépendant, en lui évitant ainsi les désagréments d'un changement de statut. Cependant, ce « forçage » du contrat de travail risque d'aboutir à lui enlever, à terme, son identité, et donc sa crédibilité : il ne faut pas que la dérive juridique, longtemps constatée, vers des sociétés fictives, en vue de procurer au chef d'entreprise, un statut social et fiscal¹⁵³⁵ de salarié se transforme en une dérive vers des pseudos contrats de travail.

¹⁵³¹ Ut Supra

¹⁵³² Ces entreprises créées par la loi n°2005-882 du 2 août 2005 peuvent mettre à disposition d'entreprises clientes du personnel qualifié : article L. 124-24 al. 1 du Code du travail

¹⁵³³ Sur la question, voir G. AUZERO, « Les dispositions à caractère social de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME », Bull. Joly, Sociétés, octobre 2005, p. 1083

¹⁵³⁴ Sur la question, P. FADEUILHE, « Les groupements d'employeurs : difficultés juridiques », Bull. Soc. F. Lefebvre, 2002/3, p. 149

¹⁵³⁵ Ut Infra

Nous préférons, de beaucoup, nous attaquer aux verrous juridiques (1) ou fiscaux (2), qui dissuadent un cadre quasi-indépendant de passer dans un statut non-salarié, plus conforme à son mode d'activité, en essayant de les supprimer.

1) Les verrous juridiques

678 La perspective d'engager sa responsabilité peut dissuader un salarié de « tenter l'aventure », en devenant non-salarié. En effet, bon nombre de cadres salariés, susceptibles de changer de statut, sont des « travailleurs du savoir »¹⁵³⁶ qui fournissent des prestations intellectuelles de bon niveau et qui, en tant que tels, peuvent voir leur responsabilité professionnelle mise en jeu par leurs clients. S'ils pratiquent une profession libérale réglementée, ils seront obligatoirement garantis par une assurance de responsabilité civile professionnelle ; en revanche, les consultants innomés songent assez peu souvent à souscrire une telle assurance.

679. Faut-il donc intégrer l'obligation de souscrire une assurance de responsabilité professionnelle dans le Droit de l'activité ? La réponse est malaisée, en raison de la multiplicité et de la diversité des activités, car certaines prestations présentent moins de risques, mais la solution n'est pas inconcevable.

Cette disposition pourrait, d'ailleurs, être complétée par l'intégration, au Droit de l'activité, d'une innovation législative récente¹⁵³⁷ qui permet à tout professionnel indépendant, de mettre à l'abri, de ses créanciers professionnels, la maison ou l'appartement qui abrite sa résidence principale, moyennant l'établissement d'une déclaration notariée d'insaisissabilité¹⁵³⁸. Une telle mesure correspond parfaitement à un Droit de l'activité, dès lors qu'elle concerne indistinctement professions commerciales ou civiles et peut donc trouver à s'appliquer à toutes les catégories de travailleurs. Il pourrait être tentant d'aller plus loin, en

¹⁵³⁶ L'expression fait référence à un ouvrage de J. P. BOUCHEZ, « Les nouveaux travailleurs du savoir », Editions d'Organisation, 2004

¹⁵³⁷ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003, précitée

¹⁵³⁸ Voir M. LAUGIER, « Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité », JCP, E, 23 octobre 2003

P. BOUTEILLER, « Les nouvelles mesures de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel », JCP, E, 2003, 1359

S. PIEDELIEVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », JCP, G, 2003, I, 165

reconnaissant, à un travailleur non-salarié, le droit de constituer un patrimoine d'affectation, seul susceptible de répondre de ses dettes professionnelles¹⁵³⁹.

En effet, les réformes du régime de la société à responsabilité limitée, qui permettent, désormais, à une seule personne, de créer une personne morale, avec un capital social sans réelle consistance, aboutissent, de fait, à la reconnaissance de l'entreprise individuelle à responsabilité limitée ; c'est sans doute, ce constat qui a arrêté le législateur, dans une démarche récente de reconnaissance, par le droit français, d'un patrimoine professionnel d'affectation.

680. Les trois types de dispositifs, ainsi évoqués, assurance de responsabilité, déclaration d'inaliénabilité ou société unipersonnelle, permettent donc de neutraliser sensiblement le risque patrimonial, inhérent à l'activité professionnelle exercée en indépendant, même s'il convient d'être circonspect sur l'effectivité de la limitation de responsabilité, procurée par une SARL ne disposant que d'un capital symbolique.

En raison des diverses évolutions législatives intervenues, il est permis d'affirmer que le passage d'un statut salarié, à un statut non-salarié, n'entraîne plus, la plupart du temps, une aggravation significative de responsabilité ; cependant, une fois encore, l'affirmation claire de cette règle, au sein d'un Droit de l'activité, serait souhaitable, avec la codification de textes, encore épars.

Recherchons, maintenant, s'il existe des distorsions de fiscalité, risquant de nuire à la mobilité professionnelle.

2) Les verrous fiscaux

681. Durant des décennies, la fiscalité de l'impôt sur le revenu a traité, de manière discriminatoire, les travailleurs non-salariés, par rapport aux salariés, en matière de déductibilité des coûts de leur protection sociale¹⁵⁴⁰. Cette discrimination fiscale se trouvait encore aggravée, par l'absence de déduction et d'abattement forfaitaires sur les revenus non-salariés. Partant de la constatation que les revenus des salariés, déclarés par des tiers (les employeurs), sont appréhendés en totalité par les services fiscaux, le législateur leur avait accordé un abattement forfaitaire de 20 %, calculé après une déduction de 10 %, au titre des

¹⁵³⁹ Sur la question, D. ALIBERT, « A la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle », in Dix ans de Droit de l'entreprise, Fondation Nationale pour le Droit de l'Entreprise, Tome 7, Librairies Techniques, 1978

¹⁵⁴⁰ Ut Infra

frais professionnels. Grâce à ce double mécanisme, un salaire de 100 n'est donc imposable à l'impôt sur le revenu qu'à hauteur de 72.

Traditionnellement, le travailleur indépendant, disposant de davantage de latitude dans la déclaration de ses revenus professionnels, laquelle dépend de son seul arbitre, ne bénéficiait pas des déductions réservées aux salariés, ce qui revenait, implicitement, à l'inciter à l'évasion fiscale. Cette injustice fut dénoncée, au même titre que le différentiel de statut social, par les organisations de défense des travailleurs non-salariés, entraînant, là aussi, une réforme.

682. L'harmonisation du statut fiscal des salariés, et des non-salariés, s'est effectuée en plusieurs étapes, qui ont sensiblement coïncidé avec celles de l'harmonisation sociale, à partir de la fin des années 70.

La première date correspond à celles de la création des Centres de Gestion Agréés (pour les professions industrielles, commerciales, artisanales et agricoles) puis des Associations de Gestion Agréées (pour les professions libérales) ¹⁵⁴¹. En effet, répondant aux demandes pressantes des professionnels non-salariés, privés de l'abattement de 20 % reconnus aux salariés, le législateur leur a donné accès, en 1974, puis en 1976, à cet abattement, moyennant adhésion à un CGA ou à une AGA. Ces groupements, créés à l'initiative d'organisations professionnelles, (Chambre de commerce, Chambre des métiers, Chambre d'agriculture, membres de l'Ordre des experts comptables), avec l'agrément de l'administration fiscale, visent à assister, à former et à contrôler leurs adhérents, afin d'améliorer la gestion économique, financière, comptable et fiscale de leurs entreprises ou cabinets. Moyennant le visa apposé sur sa déclaration de résultats, par le CGA ou l'AGA, l'adhérent bénéficie, dans les mêmes conditions et les mêmes limites de plafonnement, que les contribuables salariés, de l'abattement annuel de 20 %. L'octroi de cet abattement étant la contrepartie d'une amélioration de la fiabilité des déclarations transmises à l'Administration fiscale, la loi prévoit sa remise en cause lorsqu'une vérification de ses services entraîne des redressements d'un montant significatif ¹⁵⁴². La loi n'a pas repris, pour les non-salariés, l'abattement pour frais de 10 %, mais, en application des règles régissant les BIC et les BNC, les professionnels indépendants déduisent l'intégralité de leurs frais professionnels, sur justificatifs.

683. Grâce à ce dispositif, il est donc possible d'affirmer que l'avantage fiscal des salariés, par rapport aux non-salariés, a été neutralisé. Bien plus, de nombreux privilèges

¹⁵⁴¹ Loi n° 74-1114 du 27 décembre 1974 pour les CGA et loi n° 76-1232 du 29 décembre 1976 pour les AGA

¹⁵⁴² Parmi les obligations de « loyauté fiscale » imposées aux adhérents des AGA et CGA, figure celle d'accepter tous paiements par chèques.

fiscaux s'offrent, désormais, aux créateurs d'entreprises¹⁵⁴³, et, il ne semble plus exister de freins fiscaux à un changement de statut des actifs, puisqu'il apparaît, au contraire, que la fiscalité actuelle tend à favoriser ces mutations.

Examinons, maintenant s'il en est de même avec le Droit de la Formation professionnelle.

B- Le droit à la formation continue

684. « *Toute personne doit pouvoir se former tout au long de la vie* »¹⁵⁴⁴ écrivait récemment un auteur, faisant écho à une communication de la Commission européenne du 21 novembre 2001 considérant qu'il faut « *réaliser un espace européen de l'éducation et de la formation tout au long de la vie.* »

Ce principe du Droit à la formation professionnelle a été affirmé, pour les salariés, tant par la doctrine¹⁵⁴⁵ que par la jurisprudence¹⁵⁴⁶, puis par la loi¹⁵⁴⁷, qui a en a d'ailleurs fait un principe général. L'article L. 900-1 du Code du travail dispose : « *La formation professionnelle tout au long de la vie constitue une obligation nationale. Elle comporte une formation initiale et des formations ultérieures destinées aux adultes et aux jeunes déjà engagés dans la vie active ou qui s'y engagent. Ces formations ultérieures constituent la formation professionnelle continue. La formation professionnelle continue a pour objet de favoriser l'insertion ou la réinsertion professionnelle des travailleurs, de permettre leur maintien dans l'emploi, de favoriser le développement de leurs compétences et l'accès aux différents niveaux de la qualification professionnelle, de contribuer au développement économique et culturel et à leur promotion sociale. Elle vise également à permettre le retour à l'emploi des personnes qui ont interrompu leur activité professionnelle pour s'occuper de*

¹⁵⁴³ Les magazines économiques vantent, de plus en plus, les mérites d'une activité indépendante et les attraits du statut juridique et fiscal des non salariés. Cf par exemple, « DEFIS », octobre 2005, p. 48 et s. « Profitez des avantages offerts par le statut libéral »

¹⁵⁴⁴ Cf C. DURAND-PRINBORGNE, « La formation tout au long de la vie entre droit de l'éducation et droit de la formation », Droit Social, mai 2004

Voir également, A. GAURON, « La formation tout au long de la vie », La Doc. Fr., 2000, rapport au Conseil d'analyse économique

¹⁵⁴⁵ F. FAVENNEC-HERY, « Travail et Formation : une frontière qui s'estompe », Revue internationale du travail, vol. 135, 1996, p. 726

M. DEL SOL, « Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante, des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées », Droit Social, 1994, p. 412

A. LYON-CAEN, J. M. LUTTRINGER, « L'émergence d'un droit à la formation professionnelle », Liaisons Sociales, 12 décembre 1991

¹⁵⁴⁶ Voir, par exemple, Cass. Soc., 25 février 1992, Droit Social, p. 379

¹⁵⁴⁷ Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004. Sur l'esprit de cette loi, voir les commentaires de F. FILLON, ministre de l'Education Nationale, Droit Social, mai 2004

leurs enfants ou de leur conjoint ou ascendants en situation de dépendance. L'Etat, les collectivités locales, les établissements publics et privés, les associations, les organisations professionnelles, syndicales et familiales, ainsi que les entreprises, concourent à l'assurer. »

Il semble, dès lors, évident qu'il faut réfléchir à un Droit de la formation applicable à tous, car, ainsi que l'écrivait F. FAVENNEC-HERY¹⁵⁴⁸ « *La formation est l'un des domaines où l'on pourrait instituer des règles communes aux salariés et aux professions indépendantes* ».

~~685~~ Or, si la loi récente sur la Formation professionnelle¹⁵⁴⁹ s'est intéressée, en plus des travailleurs salariés, aux jeunes, en recherche d'une activité ou aux travailleurs privés d'emplois, elle ignore quasiment les non-salariés. Bien que se recommandant d'un engagement général du Président de la République, « *le droit à la formation pour tous, tout au long de la vie* », la loi se réfère de manière récurrente aux seuls salariés¹⁵⁵⁰.

Il est regrettable que les nouveaux dispositifs, qui améliorent sensiblement les conditions d'accès à la formation, n'aient pas été conçus pour l'ensemble des actifs, sans distinction de statut juridique, car, par certains aspects, ils s'inscrivent dans une logique d'un Droit de l'activité (1) ; il s'agit, sans doute, d'une occasion manquée pour améliorer et homogénéiser les systèmes existants pour les non-salariés (2).

1) Les dispositifs de Formation professionnelle pour les salariés

~~686~~ Les insuffisances de notre système de formation professionnelle, tel qu'il fonctionne depuis vingt ans, sont connus¹⁵⁵¹ : inégalité dans l'accès à la formation, difficulté d'évaluation de la performance du système, complexité des dispositifs. L'inégalité d'accès, en fonction de la qualification initiale des salariés et de la taille de l'entreprise est probablement la plus choquante. En effet, les chances d'accès à la formation des ouvriers non qualifiés sont, en moyenne, trois fois moins élevées que celle des cadres. Il en est de même pour les salariés des entreprises de moins de dix salariés par rapport à leurs collègues des grandes entreprises et la situation des femmes n'est guère meilleure.

~~687~~ Afin de pallier ces inconvénients, le législateur a instauré, avec la réforme de 2004, un Droit individuel à la formation (D.I.F.), ouvert à tout salarié, avec la volonté de détacher la

¹⁵⁴⁸ Op. Cité

¹⁵⁴⁹ Ut Supra

¹⁵⁵⁰ Cf le commentaire de F. FILLON, pré cité et notamment la conclusion sur « *les chantiers de demain* » : « *il reste surtout aux branches, aux entreprises, ainsi qu'aux salariés et à leurs représentants à s'approprier ces nouveaux outils et à les mettre en œuvre au service de tous.* »

formation professionnelle, de l'entreprise qui la finance, pour la rattacher à l'individu qui en bénéficie : dans cette nouvelle logique, chaque salarié peut exiger de bénéficier d'une formation annuelle minimale de vingt heures, avec une possibilité de cumuler ces droits sur six ans, à hauteur d'un plafond de cent vingt heures. Ce droit est reconnu aux salariés en contrat à durée indéterminée, mais aussi aux titulaires de contrat à durée déterminée et aux salariés à temps partiel, ce qui est conforme à l'esprit de ce nouveau dispositif, destiné à préserver ou à améliorer « l'employabilité » du salarié. En effet, ce sont les travailleurs précaires et ceux à faible qualification qui sont les plus vulnérables sur le marché de l'emploi ; il est dès lors, important de leur proposer, avec le droit individuel formation, des « actions de promotion ou d'acquisition, d'entretien et de perfectionnement des connaissances » (article L. 900-2 du Code du travail) ou « des actions de qualification » (article L. 900-3 du même code).

Ces formations, suivies en principe, en dehors du temps de travail, sont financées, pour moitié, par l'entreprise (au travers de fonds qui reçoivent les cotisations), et par le salarié participant, en sacrifiant du temps libre, à cet effort. Les contours sont définis dans un accord écrit, entre employeur et salarié ; en cas de désaccord, sur deux années consécutives, le salarié pourra demander un congé individuel de formation (CIF), dont les frais incombent à l'entreprise.

~~688~~ Le texte prévoit, en outre, une certaine « transférabilité » des droits acquis¹⁵⁵², lesquels, en cas de licenciement¹⁵⁵³ ou de démission, pourront être liquidés, afin de financer un bilan de compétence, une validation des acquis de l'expérience ou une action de formation au profit du salarié. Il s'agit, néanmoins, d'une transférabilité limitée, résultant de la réticence des employeurs à transmettre des crédits de formation financés par eux à des concurrents, lorsque le salarié change d'entreprise¹⁵⁵⁴.

Ainsi que le constate F. FAVENNEC-HERY, « *la volonté des syndicats de faire du DIF un véritable droit de tirage n'a pas abouti* » et le DIF conserve un lien fort avec le contrat de travail, concrétisant le droit et l'obligation, pour le salarié, de se former^{1555 1556}.

¹⁵⁵¹ Cf F. FILLON, « L'esprit d'une réforme », op. cité

¹⁵⁵² En mars 1999, le rapport PERRY, dans le livre blanc sur la formation professionnelle, avait préconisé un droit à la formation transférable en cas de mobilité professionnelle

Cf « La formation professionnelle, diagnostic, défis, enjeux », Liaisons Sociales, mars 1999

¹⁵⁵³ Sauf faute grave ou lourde

¹⁵⁵⁴ La loi du 4 mai 2004 a sa source dans l'Accord National Interprofessionnel du 20 septembre 2003 sur la formation professionnelle. Sur cet accord, voir B. DENKIEWICZ et J. FERRION, JCP, E, 2004, 110

¹⁵⁵⁵ F. FAVENNEC-HERY, « Le droit individuel à la formation », Droit Social, septembre-octobre 2004

¹⁵⁵⁶ Depuis la loi 2000-37 des 19 janvier 2000, le compte épargne temps (C.E.T.) peut être utilisé à l'occasion de formations effectuées, hors du temps de travail, mais le crédit n'est pas transférable, en cas de changement

Il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'une avancée vers un droit général à la formation, qui serait détaché d'une relation juridique spécifique et financé, par les acteurs économiques, de manière mutualisée.

689. En effet, tout employeur, à l'exception de l'Etat, des collectivités locales et de leurs établissements publics à caractère administratif, doit concourir au développement de la formation professionnelle continue, en participant chaque année, au financement des actions visées aux articles L. 900-2 et L. 900-1 du Code du travail. L'obligation de participer concerne donc toutes les entreprises, quels que soient leur forme juridique, leur régime d'imposition, leur activité et leurs effectifs.

Le taux de participation de l'employeur au financement de la formation est égal à un pourcentage minimum des salaires versés pendant l'année ; ce pourcentage varie selon l'effectif de l'entreprise (10 salariés et plus ou moins de 10 salariés). Depuis le 1^{er} janvier 2004, le taux de contribution des entreprises d'au moins 10 salariés est égal à 1, 6 % des salaires payés pendant l'année au titre de laquelle la contribution est due. Quant aux entreprises de moins de 10 salariés, depuis le 1^{er} janvier 2005, elles sont assujetties à un taux de participation au titre de la formation professionnelle de 0, 55 % des salaires payés.

Néanmoins, ce dispositif reste propre aux salariés, les travailleurs non-salariés demeurant en retrait dans l'instauration de cette mise en place du droit à la formation.

2) Les dispositifs pour la formation des non-salariés

690. Depuis le 1^{er} janvier 1992¹⁵⁵⁷, les travailleurs indépendants, les membres des professions libérales et des professions non-salariées bénéficient du droit à la formation continue ; corrélativement, ils sont tenus de contribuer à son financement.

Les travailleurs indépendants, les membres de professions libérales et des professions non salariées, occupant ou non des salariés, doivent si leur revenu est au moins égal à la base de calcul des allocations familiales, consacrer, chaque année, au financement de leur propre formation, une contribution au moins égale à 0, 15 % du montant annuel du plafond de la sécurité sociale. Pour les artisans, la contribution s'élève à 0, 29 % en 2005. Grâce à ces

d'entreprise, puisqu'il fait l'objet, lors de la cessation du contrat, d'une indemnité compensatrice égale aux droits acquis.

¹⁵⁵⁷ Loi n° 91-1405 du 31 décembre 1991, codifiée sous l'article L. 953-1 du Code du travail

« A compter du 1^{er} janvier 1992, les travailleurs indépendants, les membres des professions libérales et des professions non salariées, y compris ceux n'employant aucun salarié, bénéficient personnellement du droit à la formation professionnelle continue. »

financements, il a été mis en place, avec le soutien des fonds collecteurs, des programmes de formation, dont l'hétérogénéité demeure manifeste selon les catégories d'actifs.

Il ne s'agit pas ici, d'en dresser un inventaire exhaustif, nous nous bornerons à en invoquer deux exemples, celui des commerçants et des professions libérales.

a- Les commerçants :

691. Généralement organisées par les Chambres de commerce et d'industrie, les formations correspondent à diverses finalités :

- les stages d'initiation à la gestion sont organisés en faveur des créateurs d'une première entreprise commerciale. Ces stages gratuits exigent le dépôt d'une candidature dans un délai de un an suivant l'immatriculation de l'entreprise commerciale au registre du commerce et des sociétés¹⁵⁵⁸ ;
- les stages liés à l'entretien et au développement des connaissances : les thèmes abordés lors de cette formation sont variables et peuvent porter, par exemple, sur des questions juridiques, comptables, fiscales ou informatiques ;
- les stages ayant trait à la promotion du commerçant et à l'amélioration de ses méthodes de fonctionnement et de gestion¹⁵⁵⁹.

b- Les professions libérales

692. Parmi les professions libérales, des centres de formation ont été créés pour les notaires, les architectes, les experts-comptables, les médecins ou même les avocats¹⁵⁶⁰.

Pour cette dernière profession, un texte récent¹⁵⁶¹ a rendu obligatoire la formation continue, pour les avocats inscrits au tableau de l'Ordre. La durée retenue est de vingt heures pour une année ou de quarante heures, au cours de deux années consécutives. Elle prend la forme d'une participation aux formations dispensées par les centres régionaux de Formation Professionnelle ou par des organismes agréés par le Conseil National des Barreaux. Le financement est susceptible de s'opérer par le biais du F.I.F. P-L., ou par imputation sur le budget formation des avocats salariés.

¹⁵⁵⁸ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973

¹⁵⁵⁹ Il est bon de souligner que la récente loi JACOB, en faveur des PME, du 2 août 2005, est venue inclure dans le champ de la formation continue, les actions d'accompagnement, information et conseil, en direction des créateurs ou repreneurs d'entreprises et qu'elle a imposé, aux fonds d'assurance formation, de leur réserver un financement spécifique.

¹⁵⁶⁰ Cinq principaux centres ont été créés : l'INAFON : Institut national de formation notariale pour les notaires, le GEPA : Groupe pour l'éducation permanente des architectes, le CFGC : Centres de formation professionnelle supérieure en comptabilité et gestion, au profit des experts-comptables, l'UNAFORMEC : union nationale des associations de formation médicale continue pour les médecins et les CFPA : Centres de formation professionnelle des avocats

De même, les médecins libéraux et hospitaliers sont soumis à une obligation de formation médicale continue. La mise en œuvre de cette obligation est confiée à un conseil national et à des conseils régionaux de la formation médicale continue. Les manquements à l'obligation de formation sont passibles de sanctions disciplinaires et signalées aux caisses d'assurance maladie. L'Assurance maladie assure le financement de l'organisation des formations et indemnise les médecins qui y participent¹⁵⁶².

693. D'une façon générale, les professions libérales réglementées¹⁵⁶³, organisées en Ordres, se préoccupent de la formation de leurs membres, au même titre, d'ailleurs, que les Chambres de commerce ou que les Chambres de Métiers, mais pour les professionnels indépendants, qui ne relèvent d'aucune structure professionnelle organisée - et c'est souvent le cas pour les « nouveaux travailleurs du savoir »¹⁵⁶⁴ - le droit à la formation demeure virtuel, faute d'information, de disponibilité ou de financement. Or, ces anciens cadres quasi-indépendants, qui ont choisi de créer leur entreprise, sont parmi les plus vulnérables, car isolés ; de plus, l'esprit souvent accaparé par le souci de trouver, ou d'assurer, l'activité nécessaire à la pérennité de leur projet, ils ont tendance à négliger l'actualisation de leur formation, au risque de mettre en danger, à terme, leur compétitivité^{1565 1566}.

*

* *

694. A juste titre, chacun est aujourd'hui sensibilisé à l'impérieuse nécessité d'avoir accès, régulièrement, à des formations, permettant de maintenir, ou d'acquérir, les savoirs, ou les savoir-faire, qui conditionnent l'exercice efficient d'une activité professionnelle ; les importantes interventions du législateur, aussi diverses que récentes, témoignent de ce souci prioritaire, pour nos gouvernants. Néanmoins, la Formation permanente conserve, encore, le salariat comme terrain d'élection et il est habituel de raisonner de manière catégorielle : la formation des jeunes, la formation des demandeurs d'emplois, la formation des créateurs d'entreprises... De plus, elle reste, le plus souvent, dépendante des entreprises ; or, les

¹⁵⁶¹ Décret 2004-1386 du 21 décembre 2004, complété par une décision, à caractère normatif, n° 2005-001 du 11 février 2005, du Conseil National des Barreaux, portant sur les modalités d'application de la formation continue des avocats

¹⁵⁶² Le nombre de jours indemnisés est passé de 4 à 8 jours par an au début de 2002

¹⁵⁶³ La profession d'expert-comptable, celle de notaire, d'architecte, de pharmacien...se sont, depuis longtemps intéressés à la formation.

¹⁵⁶⁴ J. P. BOUCHEZ, « Les nouveaux travailleurs du savoir » Ed. d'Organisation, 2004

¹⁵⁶⁵ Il faut saluer l'initiative innovante prise par la CFDT, en direction des « SOLOS » auxquels elle consacre, notamment, un site internet. Sur la question, voir : Cadres, CFDT, n° 395, avril 2001, « Qu'est-ce donc qu'un professionnel autonome ? »

objectifs de l'entreprise, souvent à court terme, vont bien souvent diverger avec les préoccupations des salariés, qui savent que leur avenir professionnel devra, sans doute, s'accomplir dans d'autres fonctions ou d'autres structures.

S'il est un domaine où le Droit de l'activité professionnelle, dépassant le clivage des statuts juridiques, doit trouver toute sa dimension, c'est bien celui de la Formation professionnelle, avec des droits reconnus à chaque individu et financés par la collectivité, dans l'esprit des « *Droits de tirage Sociaux* », dont A. SUPIOT¹⁵⁶⁷ a été le premier défenseur. Le principal obstacle pour y parvenir, en droit positif, réside dans le manque de connexions entre les différents systèmes, organisés de manière autonome, souvent même avec une logique corporative ; en revanche, les conditions de financement, d'accès, ou de fonctionnement, devraient pouvoir s'harmoniser au sein d'un système coordonné de formation, ouvert à tous les actifs, effaçant ainsi un obstacle supplémentaire parmi ceux qui contrarient la continuité d'un parcours professionnel fait de changements successifs de statuts.

65. Remodeler le droit du travail pour en faire un Droit de l'activité : cette proposition, déjà ancienne, formulée par d'éminents auteurs, apparaît, aujourd'hui, souhaitable, pour intégrer, dans un socle juridique commun, deux des piliers de notre organisation sociétale, le Droit à la protection sociale et le Droit à la formation¹⁵⁶⁸. De cette façon, tout travailleur bénéficierait, sans avoir à se soucier de son statut juridique, et tout au long de sa carrière, d'une gestion homogène de ses droits, qui lui enlèverait une bonne partie de ses craintes, lors d'un changement professionnel.

Une telle démarche constituerait l'aboutissement, et la codification, d'un processus de rapprochement, aujourd'hui très avancé, touchant à deux droits fondamentaux, communs aux salariés et aux non-salariés. Avec cette harmonisation effective des systèmes de protection sociale et de formation, le statut de non-salarié se trouverait libéré d'une bonne partie de ses handicaps ; néanmoins, pour réduire encore le déficit de protection que peut engendrer un état de dépendance économique, nous devons lui adjoindre, dans certaines situations, un cadre contractuel adapté.

¹⁵⁶⁶ A signaler, également, le site : www.uneformation.com. 1^{er} Portail français de la formation qui permet de retrouver aisément les coordonnées des divers Fonds d'Assurance Formation destinés aux travailleurs indépendants.

¹⁵⁶⁷ Ut Supra

¹⁵⁶⁸ Cet élargissement conceptuel semble, d'ailleurs, entamé : ne parle-t-on pas, de plus en plus, de Droit Social, plutôt que de Droit du travail ? Pourquoi le Droit Social ne serait-il pas le droit de l'activité, au sens où nous l'avons défini ?

696. Le système juridique français est construit autour d'un modèle binaire, manichéen, qui ne prévoit que deux grandes catégories juridiques, le travail salarié et le travail indépendant. Ce modèle de répartition des rapports de travail, auquel sont arrivés tous les états européens au cours de l'histoire, reste inchangé aujourd'hui encore. En effet, dans aucun des systèmes juridiques pris en considération, le modèle ne s'est transformé, et de binaire n'est devenu ternaire, en introduisant une troisième catégorie d'activité qui s'intercalerait entre les deux autres.

D'un point de vue strictement formel, cette troisième forme de travail est généralement qualifiée de travail indépendant ; toutefois, on enregistre une tendance croissante à lui accorder des protections juridiques empruntées au Droit du travail.

Dans les Etats où cette tendance n'a pas encore donné lieu à des modifications législatives, on peut observer que, dans le débat public, se manifeste, sur plusieurs fronts, l'exigence d'une protection du travailleur plus étendue que celle fournie par le modèle binaire.

697. Pour décrire ces formes de travail où se mêlent des éléments typiques du travail salarié et d'autres du travail indépendant, la doctrine a retenu l'expression de travailleurs « parasubordonnés » ou « travailleurs économiquement dépendants »¹⁵⁶⁹. Avant de tenter de définir le contenu de cette notion, dans les pays voisins, quelques précisions préliminaires sont nécessaires. Tout d'abord, le travail économiquement dépendant est, actuellement, inclus dans la catégorie du travail indépendant, bien qu'il présente des traits particuliers. Ensuite, la notion de travailleur économiquement dépendant reste une notion ouverte et partiellement indéfinie, car il est encore impossible d'identifier une typologie de travail précise.

Aussi est-il intéressant de rechercher la façon dont les Etats européens définissent et, éventuellement, disciplinent le travail économiquement dépendant. De fait, il existe un ensemble majoritaire de pays dans lesquels la notion de travailleur économiquement dépendant est connue. A l'intérieur de ce groupe, il faut mettre en évidence ceux où cette notion fait l'objet d'une discipline légale et où il est donc possible d'identifier les caractères juridiques du travail économiquement dépendant, ainsi que la discipline qu'on peut leur appliquer (Section 1). Après cet état des lieux, il sera temps de bâtir l'architecture du « contrat d'activité dépendante » (Section 2).

¹⁵⁶⁹ Cf, G. J. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance », op. cité

Section 1- Les origines

L'on peut se référer aux modèles mis en place dans les différents pays (I) comme étudier les idées développées par la doctrine (II).

Plus spécifiquement, les Etats membres dans lesquels la définition de travailleur économiquement dépendant est la plus précise sont, sans aucun doute, l'Italie et l'Allemagne, où depuis au moins vingt ans, a été introduit, soit par la doctrine soit par le législateur lui-même, le terme de « travail parasubordonné ».

I- Les exemples étrangers de l'Italie et de l'Allemagne

L'Italie est l'un des pays avant-gardistes en la matière, (A) ; le quasi-salarié allemand offre également un modèle, auquel on peut se référer (B).

A- La « parasubordination » italienne

La parasubordination se caractérise par une collaboration continue et coordonnée, d'où le surnom de Co-Co-Co donné à cette spécialité transalpine (1) ; il n'en demeure pas moins que ce statut tend, petit à petit, à disparaître¹⁵⁷⁰ (2).

1) Le régime du contrat de collaboration continue et coordonnée : le Co-Co-Co

Les caractéristiques de ce Co-Co-Co sont bien marquées (a) ; quant à la protection sociale et fiscale, elle est atypique (b).

a- Le champ d'application

698 Dans l'organisation italienne, la notion de travailleur économiquement dépendant ou travailleur parasubordonné¹⁵⁷¹ existe depuis maintenant trente ans. La première référence normative, dans l'ordre chronologique, est celle de la réforme en matière de contentieux du travail, qui range dans cette catégorie, non seulement le travail salarié, mais aussi le contrat

¹⁵⁷⁰ Cf M. N. TERRISSE, « C'est la fin des Co. Co. Co : les faux indépendants de l'économie italienne », *Liaisons Sociales* magazine, octobre 2004

¹⁵⁷¹ Pour un débat légal en Italie sur les thèmes de la parasubordination, voir F. SANTORO PASSARELLI // *lavoro parasubordinato*, F. ANGELI, 1979

V. BALLESTRERO, *L'ambigua mozione di parasubordinazione*, in *Lavoro e Diritto*, 1989

M. PEDRAZZOLI, « Prestazione d'opera e parasubordinazione », in « *Rivista italiana di diritto del lavoro* », n. 1/ 1984

d'agence, le contrat de représentation commerciale et d'autres rapports de collaboration, qui se manifestent concrètement au cours d'une prestation stable et coordonnée, exécutée en principe personnellement par le travailleur. Se référant à cette disposition, la doctrine¹⁵⁷² utilise le terme de travail parasubordonné ou de « collaborateur coordonné continu » pour définir des formes de travail indépendant, ayant des caractéristiques particulières qui les rapprochent du travail salarié. Sur le plan législatif, l'extension ne se limite pas aux normes du procès mais concerne aussi le régime des nullités, des désistements et des transactions, ayant pour objet les droits des travailleurs parasubordonnés, dérivant de normes empruntées à la loi et à la convention collective.

699. Cependant, il ne faut pas en conclure que, sur le plan juridique, le travail parasubordonné intègre la notion de contractant faible : la discipline applicable aux travailleurs parasubordonnés est uniquement celle prévue par la loi, et la faiblesse contractuelle ne doit pas être présumée pour justifier une extension intégrant d'autres protections typiques du travail salarié. Selon le système juridique italien, le travail économiquement dépendant est défini sur la base de trois caractéristiques principales :

700. - la continuité

Elle signifie que la prestation de travail est destinée à satisfaire un besoin durable de l'autre partie, mais aussi que l'exécution se déroule sur un certain laps de temps et ne peut être réalisée instantanément. Cependant, puisqu'il s'agit, de toute façon, d'un travail indépendant, ayant pour objet un résultat, il n'est pas possible de parler d'une obligation de durée, au sens juridique, donc c'est sur la continuité de fait de la prestation qu'est mis l'accent. En pratique, lorsque la prestation effective est exécutée en un seul « acte de travail », mais que le travailleur y a consacré un temps important, on peut estimer qu'il existe une continuité dans le sens d'une durée temporelle du rapport. La démarche sera analogue lorsque « le travail » sera répété plusieurs fois.

701. - la coordination

Elle doit être distinguée de l'hétérodirection, sous peine de retomber dans la catégorie du travail salarié. Sur le plan structurel, la coordination n'implique pas, comme l'hétérodirection, un contrôle étroit des modalités de réalisation de la prestation, dans l'espace et dans le temps : elle s'exprime par un lien fonctionnel, par une connexion nécessaire entre l'exécution du

¹⁵⁷² Voir A. SUPLOT, « Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe », Rapport final, Flammarion, 1999

L'auteur définit ainsi la parasubordination à l'italienne : « rapports de collaboration qui se concrétisent dans une prestation de travail continue et coordonnée, de nature personnelle, même si elle n'a pas de caractère

travail et l'organisation du bénéficiaire de la prestation. Il s'agit, en d'autres termes, d'une obligation de conformation de la prestation due, mais située à un degré inférieur par rapport à celle que doit observer le travailleur salarié.

702 - la nature essentiellement personnelle du travail :

Elle doit être entendue, aussi bien, dans le sens quantitatif, en écartant l'apport de capitaux ou d'autres travailleurs, que dans le sens qualitatif, en privilégiant la prestation, au cœur de l'organisation de production. Pour l'aspect quantitatif, la précision « essentiellement » permet d'exclure les activités qui ont un réel profil d'entreprise : les prestations exécutées sous forme de sociétés, ou les prestations exécutées par une personne physique, se limitant à diriger le travail d'autres personnes sans y prendre part directement. Pour l'aspect qualitatif, cette précision devient plus souple : dans certains cas, on peut affirmer qu'elle existe même si l'on est en présence de tierces personnes participant à l'activité, à condition que la participation apportée par le travailleur soit essentielle et irremplaçable, que ce soit par sa formation, ses connaissances théoriques ou son expérience¹⁵⁷³.

703. Par conséquent, le Co-Co-Co, lié par un projet, s'engage à réaliser ses activités de manière complètement autonome, en proposant ses compétences techniques sans aucune obligation en matière d'horaire ou de présence. Il ne sera donc pas assujéti à un quelconque pouvoir hiérarchique ou disciplinaire du mandant.¹⁵⁷⁴ Il s'agit dès lors d'une catégorie « ouverte » où l'on trouve, en pratique, des professions aussi diverses que celle des avocats travaillant pour une société, des médecins du service national de santé, des consultants, ou prestataires de services aux entreprises.

Le travailleur parasubordonné, inclus dans la catégorie des travailleurs indépendants, se trouve, pourtant dans une situation de faiblesse, c'est-à-dire de dépendance socio-économique, du fait de la contrepartie contractuelle. Pour cette raison, qui marque une différence à l'intérieur de la catégorie générale, le législateur italien a prévu un certain nombre de protections spécifiques pour le travailleur parasubordonné. Il peut ainsi recourir au juge du travail et ce, même en cas de licenciement, c'est-à-dire lorsque le « collaborateur coordonné » croit être victime d'une rupture abusive de sa relation de travail. Par ailleurs, en vertu du droit civil, la prescription applicable aux réclamations pécuniaires est de cinq ans, or, il arrive fréquemment que le contrat, intervenant entre le donneur d'ordres et le collaborateur coordonné, comporte une clause en vertu de laquelle le travailleur renonce à exercer de tels

subordonné. Il s'agit d'une catégorie ouverte où l'on retrouve en pratique des professions aussi diverses que celle des avocats travaillant pour une société ou des médecins du service national de santé. »

¹⁵⁷³ C'est surtout le cas des professions libérales

recours. Le collaborateur, bien qu'ayant renoncé à exercer de tels recours, bénéficiera néanmoins d'un délai de six mois, à compter de la fin de son contrat, pour exercer son recours en réclamation, de manière rétroactive, sans limite d'ancienneté.

704. Au plan collectif, les principales organisations syndicales (CGL, CISL, UIL) ont, au cours des dernières années, créé des structures spécifiquement destinées à défendre les intérêts des travailleurs économiquement dépendants. Ces structures ont entamé des négociations collectives, au sein du monde complexe du travail économiquement dépendant, en s'intéressant aux rapports individuels de travail avec le travailleur et en cherchant à créer un système de relations syndicales stables. Ainsi, les Confédérations syndicales italiennes ont-elles créé des organisations, dédiées aux travailleurs parasubordonnés (NIDIL, ALAI, CPO) qui ont obtenu :

- soit des accords collectifs réglementant certains aspects du rapport de travail comme la rémunération, la renonciation, les causes d'interruption, les droits syndicaux ;
- soit des protocoles d'accord et des accords de concertation avec les administrations régionales et locales, sur le thème de la formation professionnelle, des dégrèvements sociaux et fiscaux, du paiement des impôts municipaux et sur certains prix des services publics.

Les accords signés ont été vus, par certains, comme le prélude au développement d'une négociation forte et diffuse ; au contraire, d'autres privilégient un syndicalisme bâti sur un modèle de représentation plus proche des formes de secours mutuel, axé sur la fourniture de services, comme l'assistance dans le domaine fiscal, légal ou de prévoyance, afin de répondre à cette nouvelle individualisation de la force de travail.

b- Le régime spécifique de protection sociale et fiscale

705. Le problème du travail parasubordonné a suscité un intérêt croissant ces dernières années, en raison de la réforme du régime des retraites et de l'institution d'un fonds de retraite spécifique en faveur des travailleurs parasubordonnés. De même, toujours dans le secteur de la Sécurité Sociale, la prévention en matière d'accidents et de maladies du travail a été, elle aussi, étendue aux travailleurs parasubordonnés. Enfin, le revenu du travailleur parasubordonné a été assimilé, sur le plan fiscal, au revenu du travailleur salarié.

Cependant, ces extensions de la protection ne correspondent pas à une harmonisation des modalités de calcul des charges sociales car, malgré les mesures qui se sont ajoutées, au cours du temps, on ne peut pas dire que le travail parasubordonné constitue une troisième

¹⁵⁷⁴ Voir en annexe 1, modèle d'un contrat de collaboration continue et coordonnée

forme de travail, différente du travail salarié et du travail indépendant : le travail parasubordonné continue à appartenir clairement à la catégorie non-salariée.

706 Une loi, adoptée en 1995, dispose que les personnes, qui exercent une profession indépendante et qui n'ont pas de caisse d'assurance professionnelle propre, ou qui ont des rapports de collaboration coordonnée et continue, doivent obligatoirement cotiser auprès d'organismes sociaux pour les risques invalidité et vieillesse. Les intéressés effectuent leurs versements auprès de l'INPS (Istituto nazionale previdenza sociale), ceux-ci s'élevant au total à environ 14 % du revenu brut¹⁵⁷⁵. Ce versement est dû pour les deux tiers par la société contractante et pour un tiers par le travailleur parasubordonné. A l'instar du régime applicable aux travailleurs salariés, c'est à la société contractante de verser lesdites sommes, après avoir effectué la retenue de la part du travailleur parasubordonné sur le montant brut de la rémunération versée à ce dernier. Depuis janvier 2001, les revenus provenant d'une « collaboration coordonnée et continue » sont explicitement assimilés à ceux des salariés. Les donneurs d'ordre doivent ainsi opérer la retenue sur l'ensemble du revenu et remettre au collaborateur une fiche de paie.

Cependant, les sommes ainsi versées couvrent seulement le parasubordonné contre les risques vieillesse et invalidité : les prestations maladie-maternité ainsi que les allocations familiales sont financées par l'impôt sur le revenu des personnes physiques : IRPEF

Au moment de la cessation du contrat ou en fin d'année, le donneur d'ordres doit calculer le solde concernant l'IRPEF et les taxes additionnelles et le collaborateur peut demander qu'il intègre directement les abattements auxquels il a droit, compte tenu de sa situation de famille. L'entreprise doit également remettre le récapitulatif de ses revenus au collaborateur, avant la fin du mois de février de chaque année.

Bien que le Co-Co-Co bénéficie de la retraite¹⁵⁷⁶, de la protection contre les accidents et les maladies du travail¹⁵⁷⁷, de l'assurance maternité¹⁵⁷⁸ et de l'assurance maladie¹⁵⁷⁹, le besoin de protection sociale n'a pas sa place dans la définition italienne, ce qui met en péril le statut du travail économiquement dépendant.

¹⁵⁷⁵ D'après la Chambre française de commerce et d'industrie de Milan

¹⁵⁷⁶ Art. 2113 du Code civil : introduction d'une contribution à la retraite, actuellement équivalente à 12 % du revenu mais destinée à passer à 19 % avant l'an 2028

¹⁵⁷⁷ Art. 409 du code de procédure pénale

¹⁵⁷⁸ Art. 59 de la loi n° 447 de 1997 : une première tentative de création d'une protection en matière de congé maternité (0,5 % de la cotisation sert à cela)

¹⁵⁷⁹ Loi n° 488 de 1997

2) L'avenir incertain des Co-Co-Co

707. Malgré son originalité, ce statut ne fait pas l'unanimité chez les travailleurs italiens. En effet, si, pour certains, cette solution permet à des travailleurs de la « zone grise » de bénéficier d'avantages sociaux et de recours contre les donneurs d'ouvrage, pour d'autres, il s'agit d'un moyen facile d'amener ces personnes, et les entreprises qui les emploient, à contribuer à la Caisse de Sécurité Sociale, sans qu'il soit nécessaire de s'interroger trop longuement sur le degré de subordination qui les lie à leur donneur d'ordres. Pour d'autres, enfin, il ne saurait y avoir un statut intermédiaire, un grand nombre des « collaborateurs coordonnés continus » sont en fait des salariés qui s'ignorent et qu'on ignore.

708. Il n'est d'ailleurs pas surprenant qu'une loi récente¹⁵⁸⁰ oblige les Co-Co-Co¹⁵⁸¹ à changer de statut à compter de fin octobre 2005¹⁵⁸². Les entreprises ont à choisir, entre transformer leurs Co-Co-Co en salariés, ou recourir à l'une des formes de travail indépendant, proposées par la loi BIAGI¹⁵⁸³, à savoir :

- le travail sur projet. Il consiste à réaliser un projet ou un programme d'activités, géré de façon autonome par un travailleur, mais coordonné par l'entreprise ;
- le « staff leasing ». Il permet à une agence privée pour l'emploi d'embaucher des salariés, puis de les louer de façon permanente à une entreprise¹⁵⁸⁴ ;
- la location de main d'œuvre à temps déterminé. Elle est la nouvelle version de l'intérim, l'agence embauche des personnes en CDD puis les loue de façon temporaire à une entreprise.
- le contrat d'insertion ou de réinsertion, réservé à certaines catégories de la population (jeunes au-dessous de 29 ans, chômeurs de longue durée jusqu'à 32 ans, chômeurs au-dessus de 45 ans) ;
- « le job on call ». Au stade expérimental, des personnes se tiennent à la disposition d'un employeur qui les fait travailler de façon intermittente mais rémunère leur disponibilité ;

¹⁵⁸⁰ Loi BIAGI, du nom d'un conseiller du gouvernement BERLUSCONI ; économiste, assassiné le 19 mars 2002, le grand inspirateur de la réforme du marché du travail italien.

La loi BIAGI du 10 septembre 2003 multiplie les types de contrats en cherchant à rendre le marché du travail plus flexible. Elle libéralise ainsi le placement des chômeurs, crée de véritables agences privées pour l'emploi et instaure de nouveaux types de contrats

¹⁵⁸¹ Environ 2, 6 millions de personnes sont concernées par ce changement.

¹⁵⁸² Voir, « C'est la fin des Co. Co. Co. Les faux indépendants de l'économie italienne », Liaisons Sociales, magazine, octobre 2004

¹⁵⁸³ Il est trop tôt pour savoir, sur les Co-Co-Co existants, combien sont embauchés, combien travaillent sur projets, combien sont passés en profession libérale. Selon une étude menée auprès de 300 PME du Nord-Est, près des deux tiers des entreprises interrogées pensaient transformer leurs Co-Co-Co en travailleurs sur projet, tandis que 16 % envisageaient des embauches et 10 % comptaient proposer à leurs collaborateurs de s'établir en tant que libéral.

- le travail partagé. Il consiste en un contrat de travail unique où deux travailleurs assurent la prestation en binôme.

Néanmoins, la loi BIAGI prévoit quelques exceptions, où les Co-Co-Co seront maintenus : c'est le cas des secteurs associatifs et sportifs mais aussi de tout le secteur public. En effet, les administrations et ministères ne pouvant pas embaucher de fonctionnaires, continueront à recourir aux Co-Co-Co, dans l'attente d'une hypothétique nouvelle convention collective de la Fonction publique.

A l'approche de l'échéance fixée, certaines entreprises ont pris les devants en signant un accord, avec les syndicats, pour régulariser les statuts d'environ quatre mille Co-Co-Co, sur la base de solutions individuelles ; selon les fonctions et les profils, une partie d'entre eux s'est vue proposer un contrat salarié à durée déterminée (apprentissage pour les plus jeunes, insertion ou location de main d'œuvre pour les autres) avant un éventuel CDI.

En raison de ce qui précède, le Co-Co-Co italien ne semble pas constituer une expérience très probante, nous allons donc nous tourner vers le système juridique allemand, où le phénomène du travail économiquement dépendant¹⁵⁸⁵ est le mieux connu et le plus débattu.

B- Le « quasi-salarié » allemand

Le « quasi-salarié » allemand bénéficie, à titre individuel, de droits mieux définis que le Co-Co-Co (1) ; ces droits se sont également affirmés dans les relations collectives (2).

¹⁵⁸⁴ La formule n'est applicable que pour la maintenance informatique, le nettoyage et le gardiennage des bureaux, les centres d'appels...

¹⁵⁸⁵ Voir A. SUPLOT, Ibid

« Il s'agit de travailleurs juridiquement indépendants mais économiquement dépendants, qui ont besoin d'une protection semblable à celle des salariés. Deux conditions particulières doivent être remplies pour qu'un travailleur puisse être qualifié de la sorte : en premier lieu il doit travailler seul, et sans l'assistance d'un personnel salarié, en second lieu la majeure partie de son travail, ou bien de ses revenus doit provenir d'une seule personne ou institution. Ces quasi-salariés demeurent des travailleurs indépendants, et ils sont par exemple exclus du champ d'application du droit du travail. »

1) La reconnaissance de ses droits individuels

709. Comme en Italie, la première réglementation concernant ce travailleur, (appelé « travailleur similaire au travailleur salarié » « *arbeitnehmerähnliche Person* ») apparue dans le système juridique allemand, touche au contentieux, elle a étendu aux travailleurs économiquement dépendants, les protections procédurales établies pour les travailleurs salariés.

Par la suite, c'est une loi sur le contrat collectif, de 1974, qui se révèle la plus intéressante car elle étend son domaine d'application aux personnes économiquement dépendantes¹⁵⁸⁶ qui ont besoin d'une protection sociale analogue à celle du travailleur salarié. Sont concernées les personnes qui exécutent leur prestation de travail en faveur d'autres sujets, sur la base de contrats de service et d'ouvrage, personnellement, et essentiellement sans le concours de travailleurs salariés, et qui, en outre, exécutent le travail pour une seule personne ou reçoivent d'une seule personne, en moyenne, plus de la moitié de la rétribution qui leur est due pour leur travail. Il faut noter, aussi, que la loi sur les congés a introduit une notion élargie de travailleur parasubordonné dans le droit allemand ; toutefois, le débat sur la création d'un statut d'*arbeitnehmerähnliche Person* reste ouvert, même si, une loi de 1994 a étendu aux *arbeitnehmerähnliche Personen* la protection contre les harcèlements sexuels sur le lieu de travail.

Dans le domaine de la Sécurité Sociale, afin de contrecarrer le phénomène du faux travail indépendant, les textes ont introduit un système de présomptions, destiné à élargir le concept de travailleur salarié : de cette manière, une parfaite assimilation entre travailleurs salariés et *arbeitnehmerähnliche Personen* a été réalisée, en ce qui concerne la sécurité sociale.¹⁵⁸⁷

710. En dépit de ces évolutions, la jurisprudence et la doctrine allemandes estiment, majoritairement, que le travailleur parasubordonné appartient à la catégorie des travailleurs indépendants mais qu'il s'agit d'une sous-catégorie ayant besoin de davantage de protections que l'ensemble des travailleurs indépendants. Ainsi, les caractères qui définissent cette catégorie de travailleurs peuvent être déduits de plusieurs dispositions normatives, sans qu'il existe de définition générale.

¹⁵⁸⁶ Les agents de commerce sont exclus de cette disposition

¹⁵⁸⁷ Selon un rapport établi en Allemagne par un groupe d'associations travaillant dans le secteur du commerce et de l'association des Chambres de commerce, l'introduction de ces modifications a eu des effets négatifs, car elle a mis fin à de nombreux rapports de travail indépendant ou en a compromis la prolongation.

711. Le droit allemand distingue, en conséquence, trois catégories de travailleurs indépendants :

- Les deux premières recouvrent les entrepreneurs, qui travaillent soit en vertu d'un contrat d'entreprise (Werktrag), soit en vertu d'un contrat de service libre (freier Dienstvertrag). La différence entre ces deux catégories est que le contrat de services libre a pour objet une simple obligation de travailler, alors que le contrat d'entreprise intègre une obligation de résultat.
- La troisième catégorie est celle des « personnes semblables aux salariés », qui travaillent dans le cadre d'un contrat de services libre ou d'un contrat d'entreprise, mais pour un donneur d'ordre principal dont ils dépendent économiquement.

On peut considérer qu'il y a une absence d'autonomie, sur le plan économique, dès que sont réunies les conditions précitées : une prestation personnelle, exécutée sans la collaboration de travailleurs salariés, un travail réalisé essentiellement pour une seule personne, ou un revenu d'activité qui, pour plus de la moitié, provient d'une seule personne.

Ce travailleur parasubordonné peut alors bénéficier de certaines protections typiques du salarié, en matière de contentieux du travail, congés, Sécurité Sociale mais aussi de conventions collectives.

2) Les droits en matière de relations collectives

712. Le droit de négocier des conventions collectives¹⁵⁸⁸ a été reconnu à certaines catégories de travailleurs parasubordonnés. La raison historique de cette disposition réside dans le développement important des professionnels libéraux, durant les années 60 et 70, dans le milieu des professions liées aux médias¹⁵⁸⁹. Par le biais de cette réglementation, une partie significative des travailleurs parasubordonnés a eu la possibilité, à travers l'adhésion à une organisation syndicale, de négocier collectivement ses conditions de travail, au moyen du contrat collectif, qui a, dans le système allemand, une efficacité normative, à laquelle on ne peut déroger pour les conditions minimales. En pratique, toutefois, l'application en a été plutôt réduite : les conventions collectives ont été signées, exclusivement, dans le secteur des médias, avec les chaînes publiques. (Dans le secteur privé, des réglementations collectives existent uniquement pour les journalistes).

¹⁵⁸⁸ Par. 12 Tarifvertragsgesetz = TVG

¹⁵⁸⁹ Auteurs, rédacteurs, producteurs de films, techniciens de radios et télévisions, techniciens de la programmation, artistes...

713. Cependant, aucun syndicat spécialisé n'a été constitué dans ces catégories, faute d'un effet d'entraînement, dépassant le secteur des médias, ce qui prouve que cette expérience n'a pas été un modèle de réussite¹⁵⁹⁰. Les syndicats traditionnels montrent assez peu d'intérêt pour cette catégorie spéciale de travailleurs et la tentation d'englober les parasubordonnés, dans les structures d'organisation et contractuelles existantes, est évidemment restée forte.

Toutefois, les syndicats se retrouvent souvent face à un dilemme : les mesures qu'ils obtiennent pour protéger le noyau puissant des travailleurs salariés finissent souvent par fonctionner directement aux dépens des travailleurs parasubordonnés et atypiques en général. Dès lors, la distribution de protections en faveur de ces derniers pourra difficilement s'effectuer sans coût pour le reste du monde du travail. Ce n'est pas par hasard, donc, que les syndicats allemands ont manifesté la plus grande retenue vis-à-vis du phénomène des « nouveaux indépendants » ; certaines normes statutaires ne permettent absolument pas aux syndicats d'accepter, parmi leurs adhérents, des travailleurs parasubordonnés ou semi-indépendants. L'intérêt au maintien du rapport classique l'emporte sur celui de créer une sécurité sociale de niveau intermédiaire, pour les travailleurs parasubordonnés : les syndicats craignent, en effet, qu'un droit du travail de « second ordre » puisse prendre racine.

Par ailleurs, les analyses statistiques démontrent la disponibilité insuffisante des travailleurs parasubordonnés pour l'organisation syndicale.¹⁵⁹¹ Ainsi, dans le secteur des médias, où les travailleurs parasubordonnés sont traditionnellement fortement représentés, l'engagement syndical reste limité, surtout de la part des jeunes, même si ce comportement se modifie avec l'âge. Le phénomène s'accroît lorsque l'on quitte le secteur des services liés aux médias car l'appartenance à un syndicat est difficilement conciliable, pour un représentant de commerce, par exemple, avec celle de la conscience de soi d'un entrepreneur.

714. En pratique, il existe, cependant, des tendances au regroupement de travailleurs parasubordonnés, avec des finalités para-syndicales : ainsi, en Allemagne, une association a été constituée dans le secteur de la franchise, afin de représenter les intérêts des franchisés. Ces expériences démontrent que seules des formes spécifiques d'organisations sont capables de satisfaire aux exigences des parasubordonnés, intégrant une demande de protection sociale mais aussi un statut d'autonomie et d'individualité.

¹⁵⁹⁰ Cfr. Otto E. KEMPEN, R. KRETZSCHMAR, 'I problemi e le difficoltà di organizzare sindacalmente I lavoratori semiautonomi' in Germania, LD, 1999, 593 ss.

¹⁵⁹¹ Selon une recherche sur les travailleurs indépendants en Italie, 63,4 % des personnes interviewées ont déclaré qu'ils se protégeaient directement et soulignent l'impossibilité pour les organisations syndicales traditionnelles de proposer des schémas et des actions ne pouvant faire l'objet d'échange et de relation.

En conséquence, le travailleur parasubordonné, s'il refuse les canaux classiques de la représentation, n'est pas hostile à la représentation en tant que telle. Ce segment du marché du travail attend probablement un nouveau cycle d'offre de représentation novatrice, dans les contenus comme dans les dimensions. Cette demande pose un problème crucial d'organisation aux syndicats ; leur structure rigide, prévue pour faire face à des demandes basiques, n'est pas adaptée à une demande de flexibilité et de solutions individualisées.

Il est important de prendre acte de cette expérience allemande, car la dimension de la négociation collective ne peut être laissée de côté dans la protection du quasi-indépendant.

Un bref tour d'horizon de nos autres partenaires européens terminera notre étude.

*

* *

715. Dans d'autres Etats, bien que la législation n'ait pas encore introduit la notion de travail économiquement dépendant, le phénomène fait l'objet d'une attention croissante, avec une conviction de plus en plus répandue : dans de nombreux cas, ramener certaines formes de travail, au travail indépendant, n'est pas adapté, car cela conduit à refuser certaines garanties minimales à une personne en situation de dépendance économique.

- En Angleterre, bien que la notion de travailleur parasubordonné ne soit pas connue, la législation récente a introduit la catégorie du « worker », à mi-chemin entre celle de travailleur salarié et celle de travailleur indépendant¹⁵⁹².

- De même, dans le système juridique danois, la notion de travailleur économiquement dépendant trouve une correspondance dans les « freelance », un groupe qui se distingue à la fois des travailleurs indépendants dans le sens étroit du terme et des travailleurs salariés ; ils travaillent surtout en raison de l'externalisation d'activités d'entreprises - comptabilité, vente de produits, conseil dans le secteur de l'informatique -. Actuellement, il existe peu de projets de lois pour des « freelancers », en dehors de la santé, la sécurité sur les lieux de travail et des congés maternité.

¹⁵⁹² La législation récente prévoit un système de protection, structuré selon des lignes concentriques qui s'éloigne en partie de la bi-partition traditionnelle où n'ont d'importance que les notions de travail salarié et travail indépendant. Le champ d'application de ces protections, qui traditionnellement n'appartiennent qu'au travail salarié, a été élargi aux :- « dependent entrepreneurs » qui peut être traduit comme micro-entrepreneur ou entrepreneur qui travaille en régime de mono-commande ; - « professionals » qui sont des travailleurs indépendants auquel peut être appliqué le Sex Discrimination, dans la mesure où la norme exige uniquement que le travail soit exécuté personnellement par le travailleur.

Ainsi, dans plusieurs matières, qui concernent traditionnellement le seul travail salarié, la législation anglaise a étendu le champ d'application aux « workers ». Sont ainsi étendus les droits suivants : la non discrimination, le revenu minimum national, l'horaire de travail, et le travail à temps partiel.

716 Enfin, le problème du travail économiquement dépendant a trouvé un écho dans le débat qui s'est déroulé au sein de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) au sujet de ce qu'on appelle le « contract labour ». Bien que les recherches effectuées par l'OIT mènent à la conclusion que, dans la plupart des pays étudiés, il n'existe pas de catégorie légale, intermédiaire entre travail salarié et travail indépendant, il est confirmé, toutefois, que le phénomène de la dépendance au sein d'un travail formellement indépendant existe et est même très répandu.

L'objectif de l'OIT est de généraliser certaines garanties au-delà des limites traditionnelles du travail, en identifiant les formes de travail, entre travail salarié et travail indépendant, qui s'exercent dans une situation de dépendance socio-économique et qui ont besoin de protections adéquates. Les stratégies proposées sont de deux ordres :

- l'extension du champ d'application du droit du travail, au-delà du travail salarié.
- l'introduction d'une série de protections fondamentales, pour toutes les formes de travail dans lesquelles un service est fourni pour autrui, sans tenir compte de la forme légale sous laquelle cela se produit.

La proposition de Convention, élaborée par l'OIT, définit, ainsi, les droits du travailleur dans le domaine du « contract labour » : liberté d'organisation syndicale, droit à un contrat collectif, interdiction de discrimination, limite d'âge, rétribution, santé et sécurité sur le lieu de travail, protection contre les accidents et les maladies professionnelles.

En conséquence, l'OIT affirme son intention d'instaurer une convention relative au travail en sous-traitance¹⁵⁹³, qui devrait recouper assez largement le secteur des quasi-indépendants, en situation de dépendance économique.

Après cet examen du droit positif à l'étranger, il est bon de consulter les écrits doctrinaux.

¹⁵⁹³ Travail en sous-traitance désigne le travail exécuté pour une personne physique ou morale (l'entreprise utilisatrice) par une personne (travailleur occupé en sous-traitance), lorsque ce travail est exécuté par le travailleur occupé en sous-traitance personnellement dans des conditions de dépendance ou de subordination de fait à l'égard de l'entreprise utilisatrice semblables à celles qui conformément à la législation et à la pratique nationales, caractérisent une relation de travail et lorsque soit le travail est exécuté en vertu d'un arrangement contractuel direct entre le travailleur occupé en sous-traitance et l'entreprise utilisatrice, autre qu'un contrat de

II- Les idées développées par la doctrine

Deux éminents auteurs ont apporté des contributions précieuses, surtout en 2003, sur la parasubordination, que ce soit en droit communautaire avec A. PERULLI¹⁵⁹⁴ (A), ou en droit français interne avec J. BARTHELEMY (B).

A- Le Rapport A. PERULLI à la Commission Européenne de septembre 2003

A partir de la recherche doctrinale, des conventions collectives et de la jurisprudence, l'on peut élaborer une série de critères de dépendance économique, ou parasubordination, qui permettent de faire ressortir les analogies entre le travail parasubordonné et le travail salarié (1). Le droit communautaire se doit, dès lors, de proposer des lignes directrices de protection pour ces travailleurs économiquement dépendants (2).

1) Les analogies entre travail parasubordonné et travail salarié

Les critères analogiques les plus communs sont assez nombreux.

717.- L'exécution personnelle du travail : il y a rapport de travail parasubordonné ou économiquement dépendant, lorsque le maître d'œuvre ou de services effectue son travail personnellement, sans la collaboration de salariés, c'est-à-dire avec une organisation en moyens et en ressources humaines, qui demeure limitée. La présence d'une organisation ample et agencée représente un indice important, pour affirmer la qualité d'entrepreneur du sujet, impliquant normalement l'exclusion de la catégorie du travail parasubordonné.

718.- L'absence de contact direct avec le marché : les travailleurs parasubordonnés effectuent leur travail pour leurs commanditaires, ces derniers se préoccupant ensuite de placer les produits sur le marché. Pour toute une partie de la doctrine allemande, cette absence de lien avec le marché représente un indice de dépendance économique, à la fois condition nécessaire et conséquence du manque d'autonomie réelle des travailleurs économiquement dépendants.

travail ; soit le travailleur occupé en sous-traitance est mis à disposition de l'entreprise utilisatrice par un sous-traitant ou intermédiaire.

¹⁵⁹⁴ A. PERULLI (Professeur à l'Université de Venise), «Travail économiquement dépendant / parasubordination : les aspects juridiques, sociaux et économiques», Rapport de la Commission de l'emploi et des affaires sociales du Parlement européen, 11 septembre 2003

Voir, également sa contribution «Les droits fondamentaux et le droit du travail. Quelques remarques», in «Droits fondamentaux», sous la direction d'A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, Dalloz, 2005

719. - Le faible nombre de rapports contractuels sur lesquels le travailleur peut compter ; de façon empirique, ce point se traduit en termes d'ampleur de la commande, avec une distinction entre la clientèle et les commandes limitées. Cette distinction est considérée comme centrale pour ses effets sur le marché du travail mais aussi pour caractériser les changements en termes d'inégalité et de stratification sociale.

720. Le pouvoir de coordination de la prestation. Le problème de coordination renvoie au pouvoir de direction détenu par l'employeur sur son salarié et à la définition du pouvoir de coordination, que détient le commanditaire dans les rapports de travail parasubordonnés. Cette difficulté de distinction est révélée, de façon évidente, dans l'expérience jurisprudentielle italienne, qui tend à confondre la qualité requise, de la coordination, avec celle de la continuité¹⁵⁹⁵. Le lien fonctionnel est davantage repérable quand le donneur d'ordres est une entreprise, puisque l'activité de travail effectuée par le travailleur parasubordonné est perçue comme un instrument de processus de production.

721. La durée du rapport économique : c'est un critère à géométrie variable, qui a toutefois été précisé par les juristes allemands et italiens et la négociation collective. Ainsi, le Tribunal fédéral allemand a jugé probant le rapport de travail d'un parasubordonné qui durait plus d'un an ; a contrario, il a exclu du statut de parasubordonné un organisateur de festivals pour défaut de durée du rapport contractuel. De même, la jurisprudence italienne considère l'aspect de la durée comme essentiel : l'activité du travailleur doit satisfaire un besoin durable du commanditaire. La négociation collective fait, elle aussi, souvent référence à une durée minimale, mise en corrélation avec le projet ou les tâches confiées¹⁵⁹⁶.

722. - Le besoin de protection sociale : analogue pour le parasubordonné et le salarié. L'analyse comparative montre que le principal champ d'intervention pour une régulation, est représenté par la protection Sociale, et, en particulier, par l'extension d'un système de retraite à des sujets qui échappaient, totalement ou en partie, à la qualification dichotomique traditionnelle, travail salarié et travail indépendant.¹⁵⁹⁷

723. En fait, l'archétype du travailleur indépendant, avec clientèle, se retrouve dans la personne exerçant une profession libérale qualifiée, réglementée ou non, par des ordres professionnels. La personne qui exerce une profession libérale est qualifiée par le nombre de

¹⁵⁹⁵ Les juges utilisent des formules telles que : « connexion fonctionnelle avec l'organisation du donneur d'ordre pour la poursuite des finalités de ce dernier » ou « coordination avec la gestion d'entreprise réservée au donneur d'ordre ».

¹⁵⁹⁶ Par exemple, certains accords collectifs italiens établissent que le rapport doit avoir une durée d'au moins 2 mois pour qu'il y ait collaboration coordonnée et continue.

¹⁵⁹⁷ C'est ainsi que les rares définitions légales de travailleur économiquement dépendant se trouvent dans les lois en matière de sécurité sociale.

clients qu'elle rassemble et souvent aussi, par l'ampleur territoriale de son réseau de clientèle, qui constitue son chiffre d'affaires. L'indépendance, l'autonomie et la sécurité sur le marché sont généralement garanties aux travailleurs exerçant une profession libérale de pluri-clients.

A contrario, le travailleur indépendant, à commande limitée, n'a pas de clients et très peu de commanditaires. Avant même le type et la nature des travaux effectués, la différence d'autonomie professionnelle se traduit par des divergences radicales dans le statut social et la position sur le marché. Les notions d'autonomie professionnelle, d'indépendance économique, de sécurité de l'emploi coïncident pleinement avec la distinction entre les personnes exerçant une profession libérale et les travailleurs indépendants à commande limitée.

Le rapport dresse ensuite un bilan de la parasubordination.

2) Les propositions du droit communautaire

Le rapport d'A. PERULLI stigmatise, tout d'abord, les insuffisances des régimes de parasubordonnés, en Italie et en Allemagne (a), pour insister, ensuite, sur les points à sécuriser dans la parasubordination (b).

a- Les lacunes du système

724 Dans les Etats membres où le débat sur la question a été instauré (notamment l'Italie et l'Allemagne), trois critiques principales mettent en lumière l'insuffisance des protections dont bénéficient les travailleurs économiquement dépendants.

- Les principes généraux du droit civil, régissant les contrats, telles les clauses de conformité et de bonne foi, n'assurent pas de manière satisfaisante la protection du travailleur économiquement dépendant ; le maintien du statu quo reviendrait à le laisser dépendre des seules forces du marché.
- Certaines modalités de protection, étendues par la législation ou la jurisprudence à ce nouveau genre de travail, à mi-chemin entre le travail salarié et le travail indépendant, font naître de nouveaux problèmes juridiques, pour définir des frontières claires entre l'une ou l'autre des catégories.
- La redéfinition ou l'élargissement de la notion de travail salarié, en y ajoutant d'autres critères de subordination, risque d'entraîner une extension trop importante de la notion de subordination et une asphyxie du secteur indépendant.

Finalement, seule l'instauration d'un « socle » de droits sociaux, applicables à tous les actifs, indépendamment de leur qualification formelle en terme d'autonomie ou de subordination, est préconisée dans le cadre de la doctrine européenne.^{1598 1599}

b- Les propositions les plus adéquates pour le parasubordonné

725. L'étude laisse le soin, aux interlocuteurs sociaux, d'instaurer des règles appropriées au niveau européen, sachant qu'il existe déjà une osmose entre les dispositions légales, sur le travail indépendant et le travail salarié, dans les domaines de la couverture sociale, la formation professionnelle, l'hygiène et la sécurité au travail, et la protection de certains droits fondamentaux, individuels ou collectifs (non discrimination, égalité professionnelle...). Cependant, il manque une réglementation des dispositions contractuelles applicables aux relations de travail économiquement dépendant et selon le rapport, les règles devraient être, dans ce domaine, réaménagées avec plus de détermination.

726. Cela implique que les législations nationales imposent un cadre contractuel intégrant des dispositions impératives, concernant par exemple, la forme écrite du contrat ; l'objet de la mission avec mention des objectifs professionnels et des indications sur les caractéristiques de la dimension individuelle de la prestation ; les modalités de la rémunération avec les critères de détermination de la rémunération, les échéances de paiement, et une pénalisation pour les retards de paiement ; les cas de suspension du contrat : dans les hypothèses de maternité, maladie, accident, motifs familiaux graves ; la résiliation du contrat avec les conditions de cette résiliation et l'obligation d'accorder un préavis ; le droit à la formation ; et le droit de s'organiser et de participer à des activités syndicales.

La doctrine française a, elle aussi, réfléchi au statut du parasubordonné.

B- Le statut du professionnel parasubordonné, esquissé par J. BARTHELEMY

727. Depuis une quinzaine d'années, J. BARTHELEMY, au fil de ses écrits, a dégagé, au plan doctrinal, l'esquisse d'une catégorie atypique d'activité, détachée du salariat classique, mais difficilement assimilable à l'entrepreneuriat indépendant et autonome ; il l'a définie comme une activité professionnelle parasubordonnée.

728. Il est intéressant, à titre préliminaire, de souligner les évolutions des mentalités, que ce soit dans les mouvements patronaux¹⁶⁰⁰, militant pour une qualification intermédiaire de

¹⁵⁹⁸ Cette proposition a fait l'objet du rapport SUPIOT, Ut Supra

«professionnel autonome»¹⁶⁰¹, ou dans les organisations syndicales. En effet, la CFDT a construit un cadre pour accueillir les «Entrepreneurs en solo». Cette organisation, qui a son origine et son enracinement dans la sphère salariale, admet ainsi que, non seulement les 1200 000 entrepreneurs n'ayant pas de personnel, ne sont pas des salariés qui s'ignorent, mais surtout que ces personnes préfèrent, malgré leur dépendance économique à l'égard d'un donneur d'ordres, un statut leur procurant de l'indépendance dans leurs conditions de travail.

La CFDT a ainsi proposé une définition du professionnel autonome¹⁶⁰², qui se situe dans le champ de la prestation intellectuelle, s'attirant, de ce fait, un satisfecit inattendu :

*« la CFDT cadres s'inscrit dans une logique, qui doit être saluée positivement, visant à la reconnaissance d'un état de parasubordination justifiant certes des protections et une assistance, mais différentes de celles que procure le droit du travail marqué par la suspicion à l'égard du consentement du salarié. »*¹⁶⁰³ Dès lors, le secrétaire général de la CFDT¹⁶⁰⁴ prend acte de la nécessité d'aborder, dans une négociation interprofessionnelle sur le thème de l'emploi, non seulement ce qui se passe au sein de l'entreprise, mais aussi dans l'ensemble de l'économie.

Devant une telle évolution, il est donc nécessaire de synthétiser la doctrine de J. BARTHELEMY, en partant de son analyse sur la nécessité d'adapter le droit positif aux

¹⁵⁹⁹ Les interlocuteurs politiques et syndicaux italiens ont aussi présenté une proposition de loi sur la « Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori » ou charte des droits des travailleurs qui établirait trois niveaux progressifs de droits.

¹⁶⁰⁰ En mars 1997, l'association « Entreprise et Progrès » publie un document de travail intitulé « Mutation du travail et révolution de l'emploi- Le grand défi des organisations et des entreprises ». La réflexion qui alimente son contenu a été menée par un groupe de dirigeants de l'association patronale, pilotée par J.L. VERGNE, à l'époque DRH d'Elf Aquitaine. Après avoir tenté de montrer que l'emploi multiforme est déjà une réalité, ils affirment que la diversité sera demain la norme du travail. Ils formulent un certain nombre de propositions pour une évolution ambitieuse et socialement acceptable de l'emploi. Le rapport recommande dans ses propositions la création d'une qualification intermédiaire de professionnel autonome, qui se situerait à mi-chemin du contrat de travail et du contrat commercial, permettant ainsi de préserver à la fois les intérêts de l'entreprise et la protection des travailleurs concernés. L'indépendance, selon eux, doit prendre en compte trois paramètres : le critère juridique, le critère économique et le critère d'autonomie dans les conditions de travail.

¹⁶⁰¹ A noter que le mouvement patronal ETHIC (Entreprises de taille humaine indépendantes et de croissance) proposait sept mesures pour favoriser un véritable statut professionnel indépendant. Pour sa sécurité, ce contrat ne pourrait être remis en cause par les administrations, dès lors que le professionnel est inscrit au registre qui le concerne. Le régime fiscal doit être simplifié au maximum.

Qu'il s'agisse de l'Association « Entreprise et Progrès » ou du mouvement ETHIC, à l'origine de la démarche, l'on retrouve l'analyse de J. BARTHELEMY, largement consulté et très écouté, en raison de sa double qualité de praticien reconnu du Droit du travail et de chercheur consacré par l'Université.

¹⁶⁰² F. FAYOL, « Les professionnels autonomes interrogent notre syndicalisme », Cadres CFDT, n° 195, avril 2001 *« Le professionnel autonome possède une expertise et, sur le marché des services, des compétences professionnelles qu'il offre notamment aux entreprises. Sous des formes diversifiées, selon le statut juridique utilisé pour son activité, il vend ses prestations, essentiellement intellectuelles, au donneur d'ordre. Devenir professionnel autonome s'inscrit dans un parcours professionnel, mais aussi une réalité économique et juridique. »*

¹⁶⁰³ J. BARTHELEMY, « Droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Editions Liaisons, 2003

¹⁶⁰⁴ F. CHEREQUE

nouvelles données économiques (1), pour parvenir à une phase prospective, invitant à recourir à l'ingénierie juridique, pour que le professionnel parasubordonné ne soit pas victime de sa dépendance économique (2).

1) La nécessaire adaptation du Droit positif à la « civilisation du savoir »

729. A l'origine de la réflexion de J. BARTHELEMY, le constat que le Droit du travail, bâti par et pour la « civilisation de l'usine »¹⁶⁰⁵, n'est plus en phase avec « la civilisation du savoir »¹⁶⁰⁶, car le fonctionnement hiérarchisé des outils industriels, cloisonné dans le temps et dans l'espace, laisse progressivement la place à une organisation modulaire, réunissant, ponctuellement, des équipes semi-autonomes, au sein de réseaux informels et changeants ; la rémunération n'est plus liée au temps passé mais à l'intelligence mise en œuvre, et la fonction d'encadrement s'efface devant celle d'expertise.

La relation classique, entre le salarié, dirigé dans son travail, et étroitement contrôlé, dans son quotidien, et l'entreprise omnipotente, a servi de fondement au contrat de travail, en s'appuyant sur le constat qu'il était impossible d'obtenir, entre les parties, un véritable équilibre contractuel ; or, désormais, nombre de travailleurs, grâce à leur indépendance technique, ont opéré un rééquilibrage des pouvoirs, dans la relation de travail. L'application du droit du travail traditionnel conduit ainsi à une surprotection, pour toute une catégorie de salariés, à forte autonomie, en raison de leur indépendance technique¹⁶⁰⁷, avec la limite que peut constituer l'obtention d'une totale liberté d'action, qui devient, alors, antinomique avec le contrat de travail¹⁶⁰⁸. Ces professionnels, auxquels le Droit du travail ne convient plus, ont, néanmoins, besoin de la protection du Droit, lorsqu'ils sont en situation de dépendance économique.

730. A cette occasion, l'auteur rappelle, opportunément, que le contrat de travail n'est pas un contrat spécifique, à l'origine, mais une sous-catégorie de contrat de prestation de services : il n'est donc pas inconcevable, sans créer de véritable rupture, d'opérer une transition du contrat de travail vers le contrat d'entreprise, et ce d'autant que le contrat

¹⁶⁰⁵ Le droit du travail est né avec l'abrogation, en 1792, des corporations de l'Ancien Régime, par la loi Le Chapelier et son développement a accompagné la Révolution Industrielle du XIX^{ème} siècle.

¹⁶⁰⁶ J. BARTHELEMY, « Essai sur la parasubordination », Semaine Sociale Lamy, 8 septembre 2003

¹⁶⁰⁷ L'indépendance technique n'est pas incompatible avec la subordination juridique : c'est ainsi que nombre de professionnels libéraux exercent leur activité avec un statut de salarié, qu'il s'agisse de membres de professions réglementées (avocats, médecins, architectes, experts-comptables) ou de nouveaux professionnels produisant des biens immatériels (consultants, programmeurs informatiques, chercheurs, designers...)

¹⁶⁰⁸ En ce sens, Cass. Soc., 7 mars 1979, Bull. civ. V, n° 205

d'entreprise est de plus en plus marqué par l'apparition de subordinations économiques (franchise, sous-traitance...)

Ce constat révèle qu'il existe, aujourd'hui, des cadres, en marge du droit social, au même titre que l'on retrouve des entrepreneurs, en marge du contrat d'entreprise, susceptibles d'être, ensemble, réunis dans la catégorie nouvelle, des professionnels parasubordonnés, dont la protection peut s'opérer par la mise en œuvre d'une ingénierie juridique adaptée.

2) L'ingénierie juridique au service de la parasubordination

731. A la fois praticien et théoricien de l'ingénierie juridique¹⁶⁰⁹, l'auteur a toujours milité pour une conception ambitieuse du rôle que doit tenir le juriste dans l'activité économique : le juriste technocrate doit disparaître, ou devenir un juriste organisateur¹⁶¹⁰. Il n'est donc pas surprenant qu'il prône le recours au contrat et à la négociation pour octroyer, aux professionnels parasubordonnés, les garanties juridiques dont ils ont besoin, en raison de leur dépendance économique¹⁶¹¹. Toutefois, se pose immédiatement le problème du champ d'application de cette démarche (a) et des frontières qui doivent borner la parasubordination (b).

a- Le champ d'application

732. L'instauration de cette catégorie intermédiaire, entre salariés et indépendants, va ajouter un second conflit de frontières, à celui qui existait déjà entre les deux catégories préexistantes : un parasubordonné n'est pas un salarié, il n'est pas non plus un indépendant.

- Par rapport au salariat, la parasubordination se caractérise, d'abord, par l'indépendance technique¹⁶¹², mais ce critère n'est pas suffisant car l'auteur a démontré, de façon pertinente, avec l'exemple des professions libérales, que l'indépendance technique n'est pas exclusive de la subordination juridique, lorsque les conditions d'un travail demeurent définies unilatéralement par celui qui le commande¹⁶¹³. Ainsi, la sortie de la sphère du contrat de travail va intervenir lorsque le professionnel maîtrisera totalement le choix et les modalités

¹⁶⁰⁹ J. BARTHELEMY, « L'ingénierie juridique » JCP, E, 27 mai 1993, cahiers de droit de l'entreprise, supplément 2/1993

¹⁶¹⁰ Sur la question, J. BARTHELEMY, « Droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Editions Liaisons, 2003

¹⁶¹¹ L'auteur a, d'ailleurs, largement contribué à l'instauration de l'accord du 16 avril 1996, signé entre F.N.S.A.G.A et F.F.S.A. sur le statut des agents d'assurances, Ut Supra

¹⁶¹² Ut Supra

¹⁶¹³ Cf Cass. Soc., 13 novembre 1996, JCP, E, 1997, p. 911, Ut Supra

Voir J. BARTHELEMY, « Indépendance ? Indépendance ! », La Revue de l'Avocat Conseil d'Entreprises », 2005, n°93

d'exécution de ses missions (contenu, durée, facturation) et qu'il assumera, personnellement, le risque attaché à la responsabilité professionnelle. Afin de caractériser juridiquement cette césure, J. BARTHELEMY propose d'autoriser la constitution d'un patrimoine d'affectation, véritable fonds de garantie économique : la création d'un tel patrimoine constituerait, alors, le signe manifeste de la décision de créer une entreprise. Il reste, cependant, à déterminer si le créateur devient parfaitement autonome ou s'il reste économiquement dépendant et donc parasubordonné.

-Par rapport à l'entreprise indépendante, le parasubordonné ne dispose pas d'une totale liberté, car il est économiquement tributaire d'un, ou de quelques donneurs d'ordres, par hypothèse très peu nombreux. Ce poids économique du client unique, ou quasi unique, concrétise la parasubordination (même si l'auteur se refuse à lui donner une dimension quantitative¹⁶¹⁴), en même temps que l'indépendance technique.

733. Le terrain d'élection de la parasubordination se trouve, donc, dans les prestations intellectuelles, même s'il peut aussi se rencontrer dans le commerce (franchise) ou dans l'industrie (sous-traitance), bien que cette dernière pratique concerne, assez peu, les professionnels qui ne sont pas dotés des moyens humains et matériels d'une entreprise structurée.

Le champ d'application déterminé, l'auteur s'attache, ensuite, à proposer une méthodologie.

b- La méthodologie

734. Plutôt que de déterminer un cadre juridique contraignant, assorti de rémunérations minimales quantifiées, à l'image du Droit du travail et du SMIC, par exemple, l'auteur propose de fixer des règles de négociation, notamment afin d'éviter d'éventuelles sanctions par le Droit communautaire de la concurrence. Ce dispositif aura pour objet de redonner tout son sens à l'article 1134 du Code civil, en régulant les techniques de négociation entre donneur d'ordres et parasubordonnés. En s'inspirant des précédents du Droit du travail, il faut promouvoir des négociations collectives, à l'image de l'expérience conduite avec les agents d'assurance, même si différentes difficultés ne manqueront pas de survenir, notamment quant aux critères de représentativité des partenaires. La convention collective peut, dès lors, constituer la protection juridique du parasubordonné, en situation de dépendance économique. Au-delà de cette dimension conventionnelle, le législateur se doit, aussi, d'assurer aux parasubordonnés, différents droits, qu'ils soient collectifs ou individuels.

¹⁶¹⁴ Rappelons, par exemple, que le quasi-salarié allemand, arbeitnehmerähnliche Person, est défini par rapport à un client unique ou à un client qui lui procure plus de la moitié de sa rémunération

735. Tout d'abord, le parasubordonné doit bénéficier d'une couverture sociale digne de ce nom : l'auteur constate que, grâce aux avancées des années passées, l'harmonisation et le rééquilibrage des régimes d'assurance-maladie ou vieillesse sont quasiment réalisés, entre professions salariées et indépendantes ; quant au financement de cette protection sociale, il se déclare favorable à une prise en charge partielle par le donneur d'ordres.

Il est, ensuite, nécessaire que soient appliquées les règles d'ordre public, touchant au respect des libertés individuelles et des Droits de l'homme, en matière de santé, sécurité, temps de repos obligatoire, reconnaissance du droit de grève et du droit à la négociation collective.

De façon plus spécifique, le parasubordonné devra disposer de garanties quant aux procédures encadrant les pourparlers de conclusion, révision ou rupture de ses contrats avec les donneurs d'ordres ; de même, il conviendra de lui reconnaître des droits renforcés à la formation professionnelle ou à l'information sur la marche des affaires de ses clients...

De même, au-delà des aspects quantitatifs, la négociation contractuelle devra assurer, au parasubordonné, une réelle protection de sa vie privée, ainsi que le respect de son indépendance technique et de son savoir-faire.

J. BARTHELEMY se pose, ainsi, en défenseur de la clause de conscience et en censeur, tant de la rupture unilatérale anticipée du contrat, que des clauses de non concurrence.

*

* *

736. Ces apports doctrinaux du Droit européen et du Droit interne démontrent, à l'évidence, que notre société ressent, désormais, le besoin de sortir d'une analyse binaire de la relation de travail, sous les effets convergents d'une autonomisation plus affirmée de certains salariés et d'une dépendance économique forte de certains indépendants envers leurs donneurs d'ordres.

737. Ainsi, plus récemment, le rapport de M. de VIRVILLE sur le Droit du travail¹⁶¹⁵, remis au Ministre chargé du travail¹⁶¹⁶ envisageait la création d'un nouveau contrat de travail pour la durée d'une mission. La commission¹⁶¹⁷ préconisait de compléter l'éventail des contrats spéciaux en créant une nouvelle forme de contrat, ouverte à des cadres ou des

¹⁶¹⁵ Sur le sujet, cf M. CARLES, M. COHEN et L. MILET, Analyses à propos du rapport de VIRVILLE, RPDS, mars 2004, p. 79

R. METZ, Le Peuple n° 1591 du 24 mars 2004

¹⁶¹⁶ M. de VIRVILLE, « Pour un code du travail plus efficace. Rapport au ministre des affaires sociales du travail et de la solidarité », 15 janvier 2004

¹⁶¹⁷ Proposition n° 19

personnels qualifiés, notamment des experts, et permettant à un salarié d'être recruté par une entreprise pour participer à la réalisation d'un projet déterminé¹⁶¹⁸.

Ce contrat ne pourrait être mis en œuvre qu'après conclusion d'un accord de branche étendu¹⁶¹⁹ organisant les conditions de recours. Il assurerait aux salariés concernés l'ensemble des garanties attachées aux contrats à durée déterminée ou aux missions d'intérim, en particulier la garantie de l'emploi pendant la durée de la mission, du moins à l'issue d'une période d'essai significative. En revanche, la durée du contrat correspondrait à celle de la réalisation du projet et pourrait donc excéder dix-huit mois, si l'accomplissement du projet le nécessite.

Le rapport proposait, par ailleurs, que le législateur autorise l'élaboration, par voie d'accord collectif ou à défaut, par voie réglementaire, de contrats types correspondant à l'un ou à l'autre cas. Le recours à ces contrats permettrait aux parties de choisir clairement le cadre juridique dans lequel ils souhaitent s'inscrire et de sécuriser leurs relations dans la durée. Enfin, la commission devait envisager des solutions, pour remédier au flou qui caractérise aujourd'hui l'état du droit. Certains experts¹⁶²⁰ proposaient de consacrer un statut de parasubordination, empruntant à la fois au salariat et au travail indépendant, mais, cette perspective, supposant des choix précis, que la commission ne pouvait ambitionner de prédéterminer, n'a pas été développée.

Ainsi, le rapport reprend des idées majeures (contrats de mission pour les cadres, parasubordination) mais sans véritablement les approfondir ; il laisse aux employeurs la liberté d'élaborer le droit du travail par la négociation.¹⁶²¹

Quoiqu'il en soit, les pistes, ouvertes ou suggérées par les uns et les autres, doivent nous inciter à réfléchir, de manière prospective, à l'architecture d'un contrat d'activité dépendante.

Section 2- L'architecture du contrat

A titre liminaire, il convient de se pencher sur la terminologie que nous avons choisie, pour qualifier ce dispositif juridique, appelé à protéger un entrepreneur indépendant qui « se

¹⁶¹⁸ Voir F. FAVENNEC-HERY, « Le contrat de projet : un projet semé d'embûches », Semaine Sociale Lamy, 26 janvier 2004

¹⁶¹⁹ La loi fixerait les clauses obligatoires de l'accord de branche : une durée minimale, la définition des activités, la nature des projets concernés, les règles de reclassement à l'issue du contrat.

¹⁶²⁰ Notamment J. BARTHELEMY et P. H. ANTONMATTEI

¹⁶²¹ Voir en ce sens, M. F. BIED-CHARRETTON, « A propos du rapport de VIRVILLE. Un projet de réfection du droit du travail néo-libéral : grille d'analyse », Droit Ouvrier, avril 2004

trouve tributaire, pour son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive, établie avec son cocontractant, ce qui a pour effet de le placer sous sa domination »¹⁶²².

738. - Tout d'abord, il s'agit d'un contrat, visant à organiser les relations entre le professionnel et le donneur d'ordres, et non d'un statut, qui tendrait à instituer un régime juridique spécifique aux quasi-indépendants. Nous avons constaté, en effet, que notre Droit compte, aujourd'hui, une multiplicité de régimes autonomes, en matière d'assurance vieillesse, ou encore dans le domaine de la formation, pour ne prendre que les deux piliers de ce qui devrait constituer, demain, le droit de l'activité professionnelle¹⁶²³. En dépit des efforts importants, consentis par le législateur pour harmoniser et rapprocher le secteur salarié et le secteur indépendant, les disparités demeurent entre ces deux modes d'exercice, freinant la mobilité nécessaire des travailleurs et il n'est donc pas souhaitable d'ajouter une troisième variante d'exercice de l'activité, dotée, elle aussi, de règles propres : l'expérience italienne de création d'un régime de retraite spécifique aux « Co-Co-Co » n'incite pas à une telle démarche, qui risquerait, en outre, de déséquilibrer les régimes actuels, fragilisés par une structure démographique défavorable¹⁶²⁴.

Il faut souligner, par ailleurs, le caractère provisoire que peut présenter la situation de quasi-indépendant. Ainsi, un cadre, qui a quitté son entreprise, pour s'installer, à son compte, dans le cadre d'une stratégie d'essaimage¹⁶²⁵, va se trouver, en phase de lancement de son activité, en situation de dépendance économique, mais il a vocation à diversifier sa clientèle et à devenir un authentique entrepreneur indépendant. De même, le nouveau contrat de collaboration libérale, créé par la loi en faveur des PME¹⁶²⁶, est conçu comme une phase transitoire, puisqu'il est indiqué, concernant le collaborateur : « *il peut compléter sa formation et peut se constituer une clientèle personnelle* » ; dès lors, le contrat de collaboration devrait, à terme, déboucher sur une association ou sur un exercice pleinement autonome.

Devant un tel constat, il serait malvenu d'enfermer le quasi-indépendant dans un cadre particulier, puisqu'il n'est pas dans une situation juridique fondamentalement différente de celle de l'entrepreneur indépendant, qu'il peut d'ailleurs devenir à tout moment¹⁶²⁷. Nous

¹⁶²² G. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance », LGDJ, 1986, p. 10

¹⁶²³ G. LYON-CAEN, « Le droit du travail non salarié », Sirey, 1990

¹⁶²⁴ Dans le même sens, voir le rapport de P. GASSMANN, adopté par la CCI de Paris à l'Assemblée Générale du 13 juin 2002, p. 20 et s, sur le thème « Professionnels indépendants, donneurs d'ordre et dépendance économique », site Internet de la chambre de commerce de Paris.

¹⁶²⁵ Ut Supra

¹⁶²⁶ Ut Supra, loi n° 2005-882 du 2 août 2005

¹⁶²⁷ Dans le même sens, cf A. SUPIOT, « Les nouveaux visages de la subordination », Droit Social, février 2000

considérons, donc, que le quasi-indépendant¹⁶²⁸ est un travailleur non salarié, qui doit fonctionner en tant que tel¹⁶²⁹, sans dispositif particulier, sauf à bénéficier de dispositions protectrices, dans ses relations économiques avec un donneur d'ordres dont il dépend.

739. - La notion d'activité dépendante appelle, elle aussi, des précisions, puisqu'elle va conditionner l'application contractuelle de règles spécifiques. Afin de caractériser la dépendance économique, il est possible de s'en tenir à de simples critères quantitatifs¹⁶³⁰, lorsque le donneur d'ordres constitue le seul « client » ou qu'il représente la majeure partie de l'activité du professionnel, mais il est assez malaisé de déterminer un plancher, en fonction des situations concrètes. Cette difficulté s'est déjà fait jour, dans notre Droit, avec les dispositifs, touchant au Droit de la concurrence, qui visent à sanctionner l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique (article L. 420-2 alinéa 2 du Code de commerce) et, plus récemment l'abus de dépendance ou de puissance d'achat ou de vente (article L. 442-6-I, 2° b du Code de commerce).

Introduite dans notre législation par la loi du 30 décembre 1985¹⁶³¹, l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique a suscité, à la fois, des commentaires administratifs¹⁶³² et doctrinaux¹⁶³³, ainsi que des interprétations jurisprudentielles, tant en droit interne¹⁶³⁴, qu'au plan européen¹⁶³⁵. Il résulte, de ces références abondantes, une grande

« Le droit positif montre un certain rapprochement du régime juridique de l'indépendance et du salariat, ce qui devrait inciter à penser leurs relations en termes d'articulation et non plus d'opposition. »

¹⁶²⁸ Nous avons préféré cette terminologie à celle de parasubordonné qui nous semble, malencontreusement, faire référence à la subordination juridique inhérente au contrat de travail, laquelle est précisément absente de ce type d'exercice professionnel.

¹⁶²⁹ Une nouvelle fois, nous avons choisi de ne pas emprunter la voie italienne, dans laquelle le donneur d'ordres prend en charge, directement, une partie de la protection sociale du travailleur et assume, à sa place, les obligations déclaratives.

¹⁶³⁰ C'est le choix opéré par le législateur allemand, qui donne le statut de quasi-salarié à un indépendant qui réalise plus de la moitié de son chiffre d'affaires avec le même donneur d'ordres, Ut Supra

¹⁶³¹ Loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985, relayée, ensuite, par l'ordonnance 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, modifiée et complétée, récemment, par la loi 2001-420 du 15 mai 2001, dite loi NRE

¹⁶³² Rapport COLON, J.O. doc. Sénat, 1985-1986, n° 56, citant le Ministre de l'Economie : « la dépendance est caractérisée par une relation commerciale dans laquelle l'un des partenaires n'a pas de solution alternative, s'il souhaite refuser les conditions que lui impose son client ou son fournisseur ». A titre d'exemples, sont évoqués le commerçant spécialisé qui doit disposer à la vente de produits d'une marque de notoriété particulière, le producteur qui achète auprès d'une centrale d'achats une part importante de son chiffre d'affaires, sans avoir d'alternative utilisable rapidement, ou le sous-traitant qui ne peut facilement se reconvertir auprès d'un autre donneur d'ouvrage.

¹⁶³³ M. GLAIS, « L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », Gaz. Pal. 1989, I, doctrine p. 290

D. MAINGUY, « L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce », JCP, E, 28 novembre 2002

¹⁶³⁴ La jurisprudence s'appuie sur la méthode du faisceau d'indices, en demandant à l'entreprise dépendante de prouver l'importance du chiffre d'affaires réalisé avec le fournisseur : Cass. Com., 12 janvier 1999, JCP, E, 1999, p. 350, la part de marché détenue par le fournisseur et l'impossibilité pour elle de trouver des solutions équivalentes : CA Versailles, 27 janvier 2000, JCP, E, 2000, p. 872 ; Cass. Com., 12 octobre 1993, RJDA, 1993, p. 789

difficulté à définir, avec précision, cette notion économique et factuelle de dépendance, car, outre les aspects quantitatifs, qui peuvent être, à eux seuls déterminants¹⁶³⁶, il conviendra de prendre en considération la faculté qu'aura le professionnel de trouver d'autres clients, dans un délai raisonnable, et dès lors, il faudra se référer, par exemple, à la nature, banale ou spécifique, du produit ou du service rendu par le professionnel dépendant, ou encore à la durée, réelle ou escomptée, plus ou moins longue, de ses relations d'affaires¹⁶³⁷. La méthode du faisceau d'indices, pratiquée par les juges, pour une requalification en contrat de travail, trouvera ainsi une nouvelle application, pour requalifier en contrat d'activité dépendante, bien évidemment avec des critères différents¹⁶³⁸. Néanmoins, le plus souvent, cette qualification ressortira du contrat d'activité dépendante signé par les parties, dont nous allons analyser le contenu.

740. Cette démarche, qui consiste à rechercher une protection du co-contractant, économiquement, en position de faiblesse, en dehors du Droit du travail, ne recueille pas l'adhésion de tous et se heurte, notamment, à la plupart des centrales syndicales ouvrières, qui y voient un moyen, utilisé par le patronat, pour précariser, juridiquement, le statut de pseudo travailleurs indépendants. Or, une telle régulation conventionnelle a déjà été utilisée, notamment, dans le monde agricole, qui est resté à l'écart du salariat¹⁶³⁹, passant *« directement d'une organisation du travail préindustrielle, fondée sur la petite exploitation indépendante, à une organisation qu'on serait tenté de qualifier de post-industrielle, fondée sur des réseaux de production qui placent l'agriculteur dans la dépendance économique d'un donneur d'ordres tout en préservant son indépendance juridique »*¹⁶⁴⁰.

Certes, la technique, qui a présidé à l'instauration du contrat d'intégration agricole, n'est pas facilement transposable, ne serait-ce que parce que l'intégration s'applique à des productions de biens matériels, quantifiables et valorisables, alors que le contrat d'activité

¹⁶³⁵ La Commission Européenne de la Concurrence a ainsi considéré qu'un taux de 22 % du chiffre d'affaires d'un fournisseur envers un même client marquait le seuil d'une situation de dépendance ; affaire Carrefour-Promodès du 25 janvier 2000, citée par de La LAURENCIE, J.P. GIVRY et autres, Loi NRE, supplément Revue Lamy, Droit des affaires, 2001, n° 40

¹⁶³⁶ Suivant les auteurs, le seuil de dépendance commence à 60 %, 70 % ou 80 %. Sur la question, voir G. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », LGDJ, Paris, 1986, p. 139 et s.

¹⁶³⁷ M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in Mélanges MARTY, 1978, p. 239. Lorsque la partie dépendante table sur le maintien ou le renouvellement du contrat, M. CABRILLAC a qualifié la relation de « contrat de situation ».

¹⁶³⁸ La prise en considération de la participation à un service organisé peut, cependant, constituer un indice commun aux deux contrats, la dépendance économique générant, peu ou prou, des points de connexion entre donneur d'ordres et quasi-indépendant : cf le « collaborateur coordonné » italien.

¹⁶³⁹ Comme l'écrit A. SUPIOT, (op. cité), il a fallu une loi pour faire échapper les agriculteurs intégrés au statut de salariés

¹⁶⁴⁰ A. SUPIOT, op. cité

dépendante régira, souvent, des prestations immatérielles ; il n'en demeure pas moins, qu'elle confirme la crédibilité de la technique contractuelle et de « *l'ingénierie juridique* » pour protéger un travailleur subissant une « *allégeance dans l'indépendance* »^{1641 1642}.

Nous allons, donc, suivant une méthode classique, rechercher quel contenu donner à ce contrat d'activité dépendante, en nous intéressant à sa conclusion et à son exécution (I), puis à sa rupture (II).

I- La formation et l'exécution du contrat

L'objectif recherché étant de moraliser le contrat, en permettant de revenir aux principes de libre négociation et d'exécution de bonne foi, inscrits dans le Code civil, nous essaierons, successivement, lors de la conclusion du contrat (A), puis, dans sa mise en application (B), de faire respecter des règles, que le différentiel de potentiel économique rend le plus souvent théoriques.

A- La conclusion du contrat et la liberté de négociation

L'instauration d'un équilibre dans la négociation passe, d'une part, par le choix des acteurs de la négociation (1), d'autre part, par le recours aux outils appropriés (2).

1) Les acteurs de la négociation

Le contrat d'activité dépendante ayant pour objet de régir les relations du quasi-indépendant et de son donneur d'ordres, les futures parties au contrat ont vocation naturelle à conduire la négociation (a), toutefois, en raison même de la faiblesse économique du premier nommé, il est impératif qu'intervienne une négociation collective afin de limiter les effets pervers du déséquilibre (b).

¹⁶⁴¹ A. SUPIOT, op. cité

¹⁶⁴² Concernant les gérants non salariés de l'article L. 781-1 du Code du travail, il est rappelé que les juges ont accepté d'appliquer une indemnisation, issue d'un accord interprofessionnel, aux lieu et place des dispositions du Droit du travail.

Cf, notamment, Cass. Soc., 17 avril 1985, JCP, E, 1985, I, 14858, obs. B. TEYSSIE, Ut Supra

a- Les parties au contrat

741. Le contrat d'activité dépendante, variante du contrat d'entreprise, est un contrat de droit privé, conclu entre deux parties exerçant une activité professionnelle à titre autonome¹⁶⁴³. Cette activité peut être du secteur civil - ce sera le cas des professions libérales traditionnelles ou nouvelles - ou du secteur commercial- franchise, gérance-mandat.

Au plan juridique, le contrat bénéficiera de la présomption de non-salariat, réintroduite dans le Code du travail, sous l'article L. 120-3, dès lors que le signataire sera une personne physique immatriculée au RCS, au Répertoire des métiers, ou auprès de l'URSSAF, ou le représentant d'une personne morale immatriculée.

Quant à la personne du professionnel signataire, il convient de s'interroger sur deux hypothèses où la mise en application du contrat ne va pas forcément de soi : les personnes morales et les professionnels dont les activités sont réglementées.

742. -Les personnes morales

Dans la logique du système allemand, et plus encore du système italien, le parasubordonné est, nécessairement, une personne physique, puisque sa participation personnelle, à l'activité, sans recours à des collaborateurs, est un critère indispensable à l'application du statut. La logique du contrat d'activité dépendante n'est pas la même, puisqu'il ne s'agit que d'une variante du contrat d'entreprise, qui peut, à terme, si le professionnel diversifie sa clientèle, redevenir un contrat d'entreprise « non protégé ».

En outre, lorsque l'on évoque le quasi-indépendant, travailleur non salarié, référence est faite à son statut juridique, et non à son statut fiscal et social qui, par suite de la création d'une société qu'il dirige, pourra être celui d'un salarié. Nous avons, certes, envisagé, à côté du présent contrat, l'instauration d'un véritable Droit de l'activité professionnelle, qui permettrait une unification parfaite de la protection sociale ; malheureusement, en l'état actuel du Droit, les changements de statuts sociaux, notamment au regard de l'assurance- vieillesse, demeurant parfois défavorables, il ne semble pas opportun d'interdire à un cadre, qui s'installe en qualité de quasi-indépendant, de maintenir son statut social et fiscal antérieur, par le biais d'une société. De même, rien ne justifie qu'un quasi-indépendant soit privé de la limitation de responsabilité dont bénéficie tout chef d'entreprise constituant une SARL ou une SAS.

¹⁶⁴³ Nous ne nous attarderons pas sur les conditions requises pour l'exercice d'une telle activité : capacité, moralité, éventuellement diplômes...

Bien plus, la création d'une société- ainsi que l'avait écrit J. BARTHELEMY¹⁶⁴⁴ pour le patrimoine d'affectation- marque, de manière claire, le passage juridique du salariat à l'entrepreneuriat et est de nature à faciliter l'évolution, de la quasi-indépendance vers l'indépendance.

Le contrat d'activité dépendante étant souvent conclu « intuitu personae », rien n'empêchera, à l'image de ce qui se pratique dans les contrats de franchise, de lier sa pérennité à la participation active du dirigeant social dans l'exécution du contrat.

743. - Les professionnels dont les activités sont réglementées

Nous avons déjà observé diverses activités qui, par le biais d'un statut légal- agents commerciaux, par exemple- ou d'un statut conventionnel ayant acquis force obligatoire- agriculteurs intégrés, agents d'assurances- ont bénéficié d'un rééquilibrage juridique, visant à neutraliser une infériorité économique. Ces professionnels peuvent, parfois, se trouver en situation de dépendance, auquel cas il faut définir comment vont s'appliquer la réglementation professionnelle spécifique et le dispositif protecteur du contrat d'activité dépendante.

Par référence au Droit du travail, il est, tout d'abord, possible de faire jouer le principe de faveur¹⁶⁴⁵, en appliquant, de manière distributive, la clause la plus favorable à la protection du quasi-indépendant ; il est possible, également, de considérer que le contrat d'activité dépendante institue une protection générale, applicable à défaut de dispositions spéciales et, qu'en cas de divergences, ces dernières doivent l'emporter. La dernière approche peut consister à considérer le contrat d'activité dépendante comme un contrat- cadre, appelé à être complété, adapté, ou précisé, par des contrats d'application, négociés dans chaque secteur d'activité, tant il est vrai, qu'en raison de la diversité catégorielle des professionnels quasi-indépendants, il s'avérera difficile de définir un contrat homogène et détaillé, applicable à tous.

Ce constat milite, donc, en faveur de négociations collectives interprofessionnelles, en vue de l'élaboration de contrats adaptés aux diverses branches d'activité, ce qui induit l'intervention de nouveaux acteurs pour conduire cette négociation collective.

b- Les organisations professionnelles

744. Le droit français des syndicats présente l'originalité d'être ouvert à tous ceux qui exercent une activité professionnelle, ou des activités similaires ou connexes¹⁶⁴⁶, qu'elles soient exercées à titre salarié, indépendant, libéral ou bénévole. De la même façon, la

¹⁶⁴⁴ J. BARTHELEMY, « Le professionnel parasubordonné », JCP, E, 1996, n° 47

¹⁶⁴⁵ Même si la loi n°2004-391 du 4 mai 2004 sur le dialogue social est venue relativiser ce principe.

¹⁶⁴⁶ Article L. 411-2 du Code du travail

négociation collective et la conclusion de conventions collectives ne sont pas l'apanage des salariés, mais constituent, plus largement, un mode d'organisation de la vie professionnelle¹⁶⁴⁷.

L'intervention d'organisations professionnelles¹⁶⁴⁸ pour négocier, collectivement, des conventions destinées à protéger leurs adhérents s'est déjà opérée dans divers secteurs, de manière plus ou moins formalisée¹⁶⁴⁹ et, sur la période récente, le législateur vient d'encourager une telle démarche¹⁶⁵⁰. Il est, dès lors, naturel de songer à une négociation collective, à la fois, pour la mise en place d'un corps de règles visant à définir un cadre minimal d'accord et pour instaurer un environnement, rendant plus équilibrées les situations respectives des parties.

745.-L'établissement d'un cadre contractuel

Le concept d'activité dépendante recouvre une réalité protéiforme, dès lors que la dépendance économique se retrouve aussi bien dans l'industrie (sous-traitance), dans la distribution (concession, franchise), que dans les services (collaboration libérale); l'association des milieux professionnels à l'élaboration d'un cadre contractuel s'avère donc, à ce stade, difficile à mettre en œuvre et il paraît indispensable de laisser, au législateur, le soin de définir un socle commun, quant aux clauses obligatoires ou clauses prohibées. Certes, à plusieurs occasions, dans le passé, l'intervention législative ou réglementaire a été précédée ou préparée, par des dispositifs conventionnels, négociés collectivement par des groupements professionnels, qu'ils s'agissent de syndicats, d'associations ou de G.I.E¹⁶⁵¹ ¹⁶⁵², mais y compris dans le secteur agricole, souvent mis en avant lorsque l'on évoque le rôle de l'interprofession, le cadre contractuel de référence a été fixé par la loi, au moins dans ses grandes lignes¹⁶⁵³. C'est davantage dans l'adaptation du dispositif légal de référence, aux

¹⁶⁴⁷ En ce sens, P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », *Droit Social* 1952, p 437

J.BARTHELEMY, « Essai sur la parasubordination », op.cité

« Une convention collective de travailleurs indépendants », op. cité

¹⁶⁴⁸ Syndicats, associations, groupements d'intérêt économique

¹⁶⁴⁹ Ce fut le cas pour les agriculteurs, les gérants libres de stations - services, les agents commerciaux, les franchisés, les agents d'assurance et, dans un contexte particulier, les médecins.

¹⁶⁵⁰ Article L. 146-1 nouveau du Code de commerce relatif aux gérants mandataires, *Ut Infra*

¹⁶⁵¹ Les agents commerciaux, après l'annulation d'un arrêté du 5 novembre 1946 pour illégalité, par le Conseil d'Etat (CE, 30 avril 1948, JCP, 1948, II, 4401, note HEMARD), regroupés au sein de la Fédération Nationale des agents commerciaux, ont élaboré collectivement un contrat type en 1954, revu en 1957, qui a servi de fondement au décret du 23 décembre 1958.

Sur la question, J. GUYENOT, « VRP et agents commerciaux », *JNA*, 1975, n° 264

¹⁶⁵² De même, la loi du 6 juillet 1964

¹⁶⁵³ Les articles L. 326-1 à L. 326-10 du Code rural reconnaissent la possibilité, pour l'interprofession, de rédiger un contrat-type, à côté de celui élaboré par l'Administration, lequel contrat, après homologation par le Ministre de l'Agriculture, peut faire l'objet d'un arrêté d'extension.

différents secteurs d'activités, que le rôle de la négociation collective prend toute son importance, notamment pour substituer certaines clauses négociées, à des clauses frappées de nullité en raison de leur non-conformité au cadre légal¹⁶⁵⁴. Le danger de cette technique réside dans le vide juridique qui va apparaître, lorsque la négociation collective n'aura pas été mise en œuvre, faute d'existence de structures intermédiaires, représentatives et organisées, susceptibles de bâtir un droit conventionnel. Il est, donc, nécessaire, en s'inspirant directement d'une technique, qui a fait ses preuves en Droit du travail, de réfléchir à l'utilisation des conventions collectives, lesquelles s'inscrivent, traditionnellement, dans une logique de rééquilibrage d'une situation économique, et sont moins exposées, par nature, aux foudres du Droit de la concurrence, lorsqu'il s'agira, notamment, de réguler des relations de dépendance, dans le secteur de la distribution¹⁶⁵⁵.

746. La négociation d'une « convention collective »

Une fois encore, la voie a été ouverte par J.BARTHELEMY, instigateur et artisan des accords intervenus le 16 avril 1996, entre le F.F.S.A et la F.N.S.A.G.A¹⁶⁵⁶ pour organiser juridiquement les relations entre les compagnies d'assurances et les agents généraux. Ce nouveau statut, négocié collectivement par les organismes professionnels a fait l'objet de deux décrets, en 1996, conformément à l'article L. 550-2 du Code des assurances¹⁶⁵⁷ ; ainsi que le souligne J. BARTHELEMY, les décrets d'application jouent « *un rôle voisin de celui conféré par le Code du travail à l'arrêté d'extension du ministre du Travail* ». Les similitudes avec la convention collective ne s'arrêtent pas là, que ce soit dans le contenu – définition des conditions de travail, de rémunération, d'emploi des travailleurs et leurs garanties sociales – ou les conditions d'élaboration de l'accord – double négociation, avec l'accord d'entreprise et

Sur la question, cf G. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », Thèse, LGDJ, Paris, 1986, p. 30 et s.

Quoiqu'il en soit, l'article L. 326-6 du Code rural dispose : « *Les contrats d'intégration conclus à titre individuel ou le contrat collectif doivent obligatoirement, à peine de nullité, fixer la nature, les prix et les qualités de fournitures réciproques de produits ou de services, le rapport entre les variations des prix de fournitures faites ou acquises par le producteur. Leurs clauses doivent également mentionner les conditions de durée, de renouvellement, de révision et de résiliation.* »

L'article R 326-1 du Code rural énonce, de manière détaillée, les mentions obligatoires à insérer dans toutes les catégories de contrats-types.

¹⁶⁵⁴ Ainsi, le Code rural sanctionne par la nullité, certaines clauses pénales ou résolutoires non - conformes, prévoyant leur remplacement par les clauses correspondantes à des contrats-types.

¹⁶⁵⁵ Il est intéressant de relever que la Commission de la concurrence, qui avait eu à connaître d'un accord collectif intervenu le 14 janvier 1977 entre les compagnies pétrolières et les gérants libres, exploitant leurs stations – services, avait validé ce protocole interprofessionnel, aux motifs que son objet était de détendre le lien de dépendance économique des distributeurs, face à leurs fournisseurs et non de limiter la concurrence ou d'en modifier l'exercice.

Comm. Conc., avis du 7 juin 1984, BOSP 21 septembre 1984, recueil Lamy, n° 232

¹⁶⁵⁶ Voir en annexe

¹⁶⁵⁷ Décrets n° 96-901 et 96-902 du 15 octobre 1996

l'accord de branche -, c'est la raison pour laquelle l'auteur, voyant dans ces accords *«l'expérimentation de la notion de convention collective de travailleur indépendant»*, préconise l'utilisation de cette technique de négociation collective pour rééquilibrer la situation économique des quasi-indépendants (ou parasubordonnés).

747. L'argumentation est convaincante et elle aura vocation, sans aucun doute, à s'appliquer à la négociation du contrat d'activité dépendante, mais, cela n'a pas échappé à son auteur, la transposition de la technique, hors du Droit du travail, soulève des questions juridiques d'importance, quant aux acteurs de la négociation. En effet, si les problèmes, touchant à la représentativité syndicale des salariés et des employeurs, sont, aujourd'hui, tranchés, en Droit du travail, permettant ainsi de passer de l'effet relatif des contrats à l'application « erga omnes » de la convention étendue, tout reste à faire dans le secteur des indépendants, dans la mesure où de nombreuses activités nouvelles, touchant aux services immatériels, ne présentent aucune organisation professionnelle collective. Bien plus, dans les professions libérales traditionnelles, organisées en Ordres, il existe, d'une part, une confusion entre compétences ordinales et syndicales, et, d'autre part, chaque structure a vocation à parler au nom de la profession toute entière, alors qu'afin de pouvoir organiser une négociation collective, autour du contrat d'activité dépendante, il serait nécessaire de distinguer les représentants des donneurs d'ordres et ceux des collaborateurs¹⁶⁵⁸.

La place des organisations professionnelles, autour d'une table de négociation, pour instaurer des contrats d'activité dépendante adaptés aux diverses catégories de quasi-indépendants, est donc acquise, mais il est assez peu probable que les nouvelles professions du savoir, attirées par l'indépendance de l'exercice professionnel, soient très enclines à se syndiquer. Toutefois, s'agissant de la population des cadres quasi-indépendants, susceptible d'opter massivement pour le statut juridique non salarié, la compétence technique, qui lui permettait, en qualité de cadre, d'échapper à une subordination étroite, devrait l'aider à ne pas trop souffrir de la dépendance économique, dès lors que le législateur lui fournira des outils de négociation adaptés¹⁶⁵⁹.

¹⁶⁵⁸ Un découpage syndical adapté, au sein des professionnels libéraux, n'est sans doute pas irréalisable, des organisations, telles que l'U.J.A., chez les avocats, ayant une sensibilité très proche de celle des avocats collaborateurs.

¹⁶⁵⁹ Rappelons que si la récente loi PME renvoie à la négociation collective, pour les contrats de gérants – mandataires, elle régleme, de manière préventive, la conclusion du contrat.

2) Les outils de l'équilibre contractuel

Au travers des dispositifs, déjà en place, pour assurer la protection, il est possible de définir deux axes principaux, d'intervention, susceptibles d'aider le quasi-indépendant dans la phase de négociation et de conclusion : le premier vise à parfaire son information pré-contractuelle (a), le second à imposer des clauses utiles ou à écarter des clauses déséquilibrées (b).

a- L'information pré - contractuelle

748. En raison de la dépendance économique, qui caractérise les relations entre les parties, le contrat à intervenir aura, très souvent, le caractère d'un contrat d'adhésion¹⁶⁶⁰, il s'avère, donc, indispensable que le quasi-indépendant puisse en apprécier le contenu et l'environnement avec un temps suffisant de réflexion, avant de s'engager.

S'agissant d'un contrat, signé entre des professionnels, la jurisprudence retient rarement l'existence d'une obligation pré-contractuelle de renseignement, hormis lorsque le professionnel co-contractant n'est pas dans sa sphère de compétence, pour apprécier la portée exacte de ses engagements¹⁶⁶¹, alors que cette obligation est devenue générale, lorsque le contrat s'adresse à des consommateurs. Cette hostilité des juges, envers une obligation d'information, en présence de contractants professionnels, a, pendant longtemps, pénalisé certains acteurs économiques, en situation de dépendance, principalement dans le secteur de la distribution¹⁶⁶², ce qui a conduit le législateur à intervenir pour imposer une information pré - contractuelle, lors de la mise en place de contrats de distribution, d'intérêt commun pour les parties, avec mise à disposition d'un nom commercial, d'une marque ou d'une enseigne, en contrepartie d'un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité.

749. Connu sous l'appellation de la loi « DOUBIN »¹⁶⁶³ et codifié sous l'article L. 330-3 du Code de commerce, ce dispositif prévoit l'établissement d'un document pré-contractuel d'information et sa communication, à délivrer au moins 20 jours avant la signature, avec le projet de contrat. Ce pré-contrat doit renfermer des informations complètes et sincères,

Cf notamment les articles L. 146-2 à L. 146-4 du Code de commerce

¹⁶⁶⁰ Sur la question, G. BERLIOZ, « Le contrat d'adhésion », LGDJ

¹⁶⁶¹ Cf, par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 20 juin 1995, JCP, G, 1995, IV, n° 2050

¹⁶⁶² Cf, par exemple, Cass. Com., 20 janvier 1987 et 6 janvier 1987, chronique D. FERRIER, Cahiers Droit de l'entreprise, 1988, n° 4, p. 13

¹⁶⁶³ Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989

Sur ce texte, voir G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi DOUBIN du 31 décembre 1989 (art. 1^{er}) », JCP, E, 1990, II, n° 15809

G. BLANC, « Les contrats de distribution concernés par la loi DOUBIN », D. 1993, chron. p. 218

énumérées dans le décret d'application¹⁶⁶⁴, concernant l'ancienneté et l'existence de l'entreprise dominante, l'état et les perspectives du marché, l'importance du réseau, la durée du contrat, les conditions de renouvellement, résiliation et cession.

La référence à l'intérêt commun, de même que la notion d'exclusivité, ou de quasi-exclusivité, renvoient, sans contestation possible, à la définition du quasi – indépendant, lié à un donneur d'ordres, dont il attend une part majoritaire de son chiffre d'affaires et auquel il est rattaché par une participation étroite au fonctionnement de son entreprise¹⁶⁶⁵.

750. Lorsque le contrat d'activité dépendante portera sur la fourniture de prestations immatérielles, par le quasi-indépendant, il sera sans doute opportun de revoir le contour précis de cette obligation de pré-information, cependant, la démarche demeure la même, dans l'esprit : il faut permettre au quasi-indépendant d'apprécier, le mieux possible, l'environnement économique de sa future activité, afin d'effectuer une analyse prévisionnelle de son exploitation et d'approcher, notamment, le niveau de rémunération qu'il doit attendre. L'ancien cadre salarié, à supposer qu'il ne s'en soit pas préoccupé auparavant, sera ainsi conduit à un travail prospectif, d'appréhension des frais et charges qu'il aura, désormais, à assumer seul, dans un statut d'indépendant et il pourra, ainsi, après réflexion, prendre la juste mesure des conditions du contrat qui lui est proposé¹⁶⁶⁶.

Néanmoins, si l'on souhaite parachever le rééquilibrage juridique de la formation du contrat, il est souhaitable d'intervenir, dans le même temps, sur le contenu du contrat.

b- Le contenu du contrat

751. L'objectif recherché n'est pas de prédéfinir, à la place des parties, la substance de leurs accords, mais simplement d'imposer la présence de certaines clauses, dès lors que le silence du contrat profite, invariablement, à la partie la plus puissante, et d'en écarter d'autres, susceptibles de pénaliser, indûment, la partie la plus faible.

De manière évidente, le contrat doit obligatoirement faire l'objet d'un écrit, qui inclura des clauses obligatoires dont l'absence entraînerait des sanctions similaires à celles prévues par la loi DOUBIN¹⁶⁶⁷.

- Les clauses obligatoires

¹⁶⁶⁴ Décret n° 91-337 du 4 avril 1991

¹⁶⁶⁵ Ut Infra

¹⁶⁶⁶ L'article L. 146-2 du Code commerce précise, concernant les gérants mandataires « *le mandant fournit au gérant- mandataire, avant la signature du contrat, toutes informations nécessaires à sa mission, telles que définies par décret, afin de lui permettre de s'engager en connaissance de cause.* »

¹⁶⁶⁷ Loi du 31 décembre 1989 et décret n° 91-337 du 4 avril 1991 : amendes prévues pour les contraventions de la 5^{ème} classe.

Voir également la jurisprudence de la Cour de cassation, Com., 10 février 1998, JCP, E, 1998, p. 894, note L. LEVENEUR ; Cass. Com., 5 déc. 2000, n° 97-21. 631

752. Visant à corriger les effets résultant de la dépendance économique, ces clauses doivent tendre à limiter les déséquilibres, susceptibles d'apparaître entre les prestations fournies au donneur d'ordres et la rémunération qu'il est disposé à verser, en échange.

La première difficulté tient à l'impossibilité de retenir des clauses identiques pour la fourniture de produits et la prestation de services immatériels : les notions de valeur ajoutée, ou de décomposition de la valeur, auxquelles il est fait appel, pour déterminer les conditions financières, dans des contrats de fourniture ou de fabrication à façon de longue durée, ne sont pas mesurables, de manière générale et homogène, en fonction des spécificités de chaque activité. De même, dans une logique de contrat d'entreprise, intégrant de manière forte, des objectifs, et des obligations de moyens renforcées, voire des obligations de résultat, il n'est pas envisageable de raisonner sur une rémunération au temps passé, d'autant que l'entrepreneur, même dépendant, ne doit pas être comptable de ses horaires de travail, vis-à-vis du donneur d'ordres, sauf à en revenir à la notion de subordination.

Il faut, donc, renoncer à imposer des bornes quantitatives, aux deux parties, dans la négociation financière du contrat, du moins dans le cadre légal, la négociation collective pouvant, en revanche, prendre le relais, selon les branches d'activité, pour déterminer des minimas, par exemple.

753. De manière pragmatique, il paraît au moins nécessaire d'imposer, à titre de mentions obligatoires, une description précise des prestations ou produits demandés au quasi-indépendant, ainsi que des techniques de détermination des contreparties financières auxquelles il aura droit. Cette façon d'aborder la question présente le mérite immédiat d'obliger les parties à réfléchir, et à formaliser les critères économiques qui président à leur collaboration ; pour l'avenir, en cas de litige, ces mentions fourniront un contenu objectif à la volonté des parties, en vue de rechercher l'esprit du contrat.

754. Dans cette logique d'obliger le quasi-indépendant à se projeter dans son activité future, il paraît, aussi, opportun de définir, contractuellement, le calendrier prévisionnel d'exécution ainsi que celui des facturations et des règlements. Bien évidemment, ces règles seront susceptibles de varier, avec le temps, à la condition exprès d'être modifiées par des avenants écrits et co-signés des parties. A cette fin, il s'avère indispensable d'imposer la tenue de rencontres périodiques, entre les parties, de façon à institutionnaliser des échanges d'information entre donneur d'ordres et entrepreneur dépendant. Grâce à ces échanges, chaque partie doit pouvoir apprécier, à intervalles réguliers, l'évolution de ses relations avec l'autre partie et, notamment, être informée du degré de dépendance du quasi-indépendant, étant indiqué qu'il semble envisageable, lorsque l'activité du quasi-indépendant se trouvera

diversifiée entre plusieurs donneurs d'ordres, de constater, par avenant, la cessation du contrat d'activité dépendante et son remplacement par un contrat d'entreprise de droit commun.

~~755~~ La durée du contrat, les conditions de sa rupture, de sa suspension, ou de son renouvellement, doivent nécessairement figurer dans les clauses impératives, à insérer dans le contrat, avec une durée minimale, pour tout contrat, de six mois, sauf dénonciation possible durant une période probatoire, fixée à trente jours.

Doté de ce socle, à caractère informatif, le contrat gagnerait à intégrer un rappel de principes fondamentaux, qui doivent présider à l'exécution du contrat, au bénéfice du quasi-indépendant, à savoir le respect de sa vie privée, de sa santé et de sa sécurité, le droit à la formation, et le respect de l'indépendance technique.

Nous avons constaté que, dans ces divers domaines, le Droit du travail n'assurait, au cadre quasi-indépendant, qu'une protection aléatoire, il semble donc important d'en contractualiser le contenu, même si les règles d'indépendance juridique, inhérentes au contrat d'entreprise, doivent ôter, à ce dispositif, partie de son efficacité.

Ainsi, éclairé sur le contenu et le volume de ses prestations, sur la détermination des contreparties financières, sur la durée minimale du contrat, le quasi-indépendant dispose de tous les éléments d'information nécessaires à la prise d'une décision, il reste à le protéger contre des dispositions léonines, que pourrait lui imposer son co-contractant.

- Les clause prohibées

~~756~~ La prohibition de certaines stipulations contractuelles, technique largement utilisée pour la protection du consommateur, doit, dans cette matière, demeurer limitée à la sauvegarde nécessaire d'une stabilité minimale du contrat et d'un équilibre financier, au bénéfice du quasi-indépendant¹⁶⁶⁸. Deux clauses paraissent devoir être abordées : la clause de résiliation pour inexécution et la clause pénale.

- La clause de résiliation pour inexécution

~~757~~. Il ne peut être envisagé de proscrire, de manière absolue, la résiliation conventionnelle du contrat, pour inexécution de ses engagements, par le professionnel dépendant, à peine d'enlever au contrat toute attractivité pour le donneur d'ordres. Symétriquement, le professionnel dépendant, empêché par des raisons personnelles sérieuses (maladie–accident–maternité...) d'exécuter le contrat qu'il a signé, ne doit pas courir le risque de perdre une part de son activité, indispensable à sa subsistance. S'agissant d'un contrat d'entreprise, il peut être envisagé que le professionnel se fasse remplacer, soit par un salarié

¹⁶⁶⁸ C'est avec cet état d'esprit que le législateur a réputé non écrites, dans les contrats agricoles d'intégration, certaines clauses pénales ou résolutoires.

embauché par lui, soit par un sous-traitant, mais, ainsi que nous l'avons déjà évoqué, de nombreux contrats feront référence à une exécution personnelle du signataire, en raison de l'intuitus personae, ce qui rendrait impossible le remplacement du quasi-indépendant.

Quoi qu'il en soit, lorsque l'inexécution du contrat aura son origine dans un problème tenant à l'aptitude physique du quasi-indépendant, il convient d'interdire la résiliation conventionnelle du contrat ; passée une période de suspension d'une durée à définir, le donneur d'ordres devra demander la résiliation judiciaire, si l'inexécution lui fait grief.

-La clause pénale

758. Afin d'éviter un usage abusif des clauses pénales, et en dépit du droit, reconnu au juge, d'en revoir le montant lorsqu'il est disproportionné, il semble opportun d'en interdire l'utilisation, à l'encontre du professionnel dépendant.

En conséquence de ce qui précède, toute clause du contrat, entrant dans l'une de ces deux catégories, sera réputée non écrite.

Ce cadre juridique minimal, pour le contrat d'activité dépendante, pourra, suivant les secteurs professionnels, faire l'objet d'adjonctions, en y intégrant des règles déontologiques (dans les professions libérales), des règles légales spécifiques (Loi DOUBIN) ou des règles issues de la négociation collective ; il devra aussi prévoir des dispositifs de préavis et, ou d'indemnisation, en fin de contrat, sur lesquels nous reviendrons avec l'étude de la rupture du contrat¹⁶⁶⁹.

Penchons-nous, maintenant, sur l'exécution du contrat, au cours de laquelle il importera de veiller au respect de la bonne foi.

B- L'exécution du contrat et le principe de loyauté

L'article 1134 du Code civil, qui pose le principe de l'exécution de bonne foi des conventions, prend, en l'espèce, un relief particulier, en raison de l'étroitesse des liens économiques et fonctionnels que vont entretenir les parties.

Juridiquement indépendantes, les parties au contrat d'entreprise dépendante ont, en effet, des intérêts économiques convergents qui doivent induire un partenariat privilégié, fondé sur la confiance réciproque et la loyauté dans la collaboration : il en résulte, pour le quasi-indépendant, des prérogatives et des contraintes spécifiques.

¹⁶⁶⁹ Ut Supra

1) La collaboration entre les parties

Pour reprendre la terminologie de nos voisins transalpins, il va s'agir d'une collaboration coordonnée et continue ; son contenu, caractérisé par un intérêt commun¹⁶⁷⁰, trouve ses limites dans l'indépendance juridique des parties.

a- Le contenu de la collaboration

759. Le contrat, signé entre les parties, doit tracer le cadre des prestations convenues et le calendrier prévisionnel de leur mise en œuvre, il doit, aussi, organiser des rencontres périodiques entre les parties¹⁶⁷¹. En raison des enjeux économiques du contrat, pour le quasi – indépendant, et de l'apport technique attendu par le donneur d'ordres, il apparaît indispensable que les acteurs échangent des informations et travaillent en parfaite collaboration, tant sur l'avancement technique du projet, que dans l'exécution et l'adaptation nécessaire du contrat signé.

- L'avancement technique du projet

760. En fonction du cahier des charges, arrêté, à la signature du contrat, pour définir la mission, et du mode opératoire fixant le calendrier d'avancement, le donneur d'ordres doit, au quasi-indépendant, la fourniture de tous documents et informations nécessaires à une bonne exécution ; de même, il doit le mettre en contact avec toutes les personnes de son entreprise ayant une expertise ou des éléments d'information pertinents. Le plus souvent, le donneur d'ordres désignera un interlocuteur chargé d'entretenir la relation avec le quasi-indépendant et d'établir, avec lui, des états d'avancement intermédiaires ; parfois, un comité de suivi et de coordination du projet commun s'avérera nécessaire.

Cette collaboration peut, dans certains cas, conduire à fournir au quasi-indépendant des moyens matériels (bureaux, informatique, installations spécifiques) ou humains (personnel d'exécution, moyens logistiques...), la mission pouvant s'opérer sur le site du donneur d'ordres. La collaboration avec les équipes du donneur d'ordres peut, parfois, revêtir, un caractère permanent, mais, en toute hypothèse, elle doit s'exercer de manière continue, le quasi-indépendant étant intégré dans le processus économique de son client.

¹⁶⁷⁰ La loi DOUBIN du 31 décembre 1989 fait référence au « contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties », notion issue de la création jurisprudentielle du mandat d'intérêt commun, dont la rupture ouvre le droit à l'indemnisation du mandataire. Lors des débats parlementaires, ce contrat a été caractérisé par « une véritable collaboration économique devant permettre la satisfaction de l'intérêt commun des deux parties ». Toutefois, la notion demeure juridiquement floue, tout contrat synallagmatique pouvant, peu ou prou, correspondre à cette définition.

Cf G. AMEEDÉ-MANESME, « Le document pré-contractuel imposé par l'article 1er de la loi DOUBIN », JCP, N, 1991, I, p. 463

¹⁶⁷¹ Ut Supra

- L'exécution et l'adaptation du contrat

761. La dépendance économique du quasi-indépendant nécessite, pour lui, un suivi de l'exécution du contrat d'activité et une vigilance constante, quant à la situation de son partenaire et client principal : il est, dès lors, indispensable, indépendamment de la gestion technique des affaires, que des rapports d'étape réunissent les parties, pour débattre de l'avancement du contrat, par rapport au calendrier, des ajustements éventuels à réaliser par voie d'avenant, que ce soit au plan fonctionnel ou au plan financier. Il est important, aussi, que les partenaires aient conscience de l'état de dépendance du quasi-indépendant, qui lui demande d'être attentif, à la fois, au volume et à la durée, prévisionnels, de ses relations avec le donneur d'ordres, au maintien de son niveau d'expertise, - si nécessaire par le suivi de formations - et au respect de ses droits fondamentaux, notamment de sa vie privée et de son droit au repos. Les rencontres périodiques, imposées par le contrat, s'avèrent ainsi primordiales, pour permettre aux deux partenaires de réfléchir ensemble à leur stratégie à moyen terme, en échangeant leurs analyses respectives, ainsi d'ailleurs que des informations réciproques sur leurs activités¹⁶⁷², et pour adapter, si besoin est, leur accord initial, au moyen de la signature d'avenants.

Cette synergie étroite, entre les deux parties, est, sans aucun doute, la condition d'une relation « gagnant gagnant », elle se doit, néanmoins, de respecter l'indépendance juridique de chacun.

b- Les limites de la collaboration

762. Les limites sont posées par la nature même du contrat, qui exclut l'accomplissement d'un travail commandé et contrôlé, au profit d'une indépendance technique et organisationnelle du professionnel dépendant. Ce dernier doit, donc, conserver la maîtrise d'œuvre et décider, en dernier ressort, des moyens qu'il faut mettre en œuvre, en coordination avec les équipes de son client. Pour ce faire, le contrat d'activité dépendante, même s'il inclut un fort *intuitus personae*, ne saurait empêcher son titulaire d'utiliser ses propres salariés, ou de recourir à des entreprises extérieures, en sous-traitance¹⁶⁷³.

De même, il appartient au professionnel quasi- indépendant de couvrir ses différents frais de fonctionnement, de s'assurer s'il utilise des droits de propriété intellectuelle, de leur disponibilité juridique, ou encore de définir, et d'organiser, son temps de travail, dans le respect du calendrier signé avec le donneur d'ordres.

¹⁶⁷² Le professionnel dépendant doit être informé sur la marche des affaires de son client principal, le donneur d'ordres sur la part qu'il représente dans le chiffre d'affaires de son partenaire.

Le droit de contrôle du donneur d'ordres ne doit pas s'exercer sur les modalités de fourniture de la prestation, mais sur le seul respect des échéances et des objectifs contractualisés avec le professionnel ; il ne saurait, a fortiori, conduire ce dernier à effectuer des tâches contraires à sa santé, sa sécurité ou son éthique. Ce constat nous amène, donc, à définir quelles sont les prérogatives et les contraintes du professionnel dépendant dans son activité.

2) Les prérogatives et les contraintes de l'actif dépendant

Elles ne sont pas fondamentalement différentes de celles de tout professionnel indépendant, non salarié, même si le lien économique fort, existant avec le donneur d'ordres, leur confère certaines spécificités et doit soulever quelques interrogations.

a- Les prérogatives de l'actif dépendant

Il importe, tout d'abord, de revenir sur deux prérogatives fondamentales de tout travailleur, que nous avons proposé d'intégrer dans le tronc commun du Droit de l'activité, à savoir le Droit à la protection sociale et le Droit à la formation.

- Le Droit à la protection sociale

763. Qu'il ait un statut social de non-salarié, ou de salarié en qualité de dirigeant d'une société, le professionnel dépendant, venant du salariat, ne subira pas de changement significatif dans ses droits ; la différence essentielle résidera dans l'obligation, qui va lui incomber, de faire son affaire personnelle de sa protection sociale, tant pour les formalités d'affiliation que pour le paiement des cotisations. Nous n'avons pas, en effet, envisagé de faire payer les cotisations par le donneur d'ordres, d'une part, pour marquer clairement la sortie du salariat, d'autre part, parce que le contrat d'activité dépendante peut fluctuer, quantitativement, au sein du volume d'activité du professionnel, voire même devenir un contrat de droit commun¹⁶⁷⁴. Tout au plus, pourrait-il être envisagé d'imposer, périodiquement, au donneur d'ordres, de contrôler, auprès du professionnel dépendant, qu'il est à jour du paiement de ses cotisations sociales.

- Le Droit à la formation

764. Il s'agit, là aussi, d'une prérogative qu'il appartient à l'actif dépendant de mettre en œuvre, cependant, de par sa dépendance même, celui-ci est en situation fragile. En raison de

¹⁶⁷³ En revanche, la cession du contrat à un tiers doit être suspendue à l'agrément exprès et préalable du donneur d'ordres

¹⁶⁷⁴ Ut Supra

cette vulnérabilité, il pourrait être envisagé de mettre, à la charge du donneur d'ordres, une obligation spécifique de contribuer, financièrement, à la formation continue de l'actif dépendant. L'obligation pourrait être modulée en fonction, par exemple, du degré de dépendance ou de la durée de la relation contractuelle, qui risquent de réduire, à terme, la capacité de redéploiement ou de réorientation de l'actif.

Il paraît, toutefois, difficile de tracer un cadre général, sauf à harmoniser, grâce au Droit de l'activité, les dispositifs de formation de tous les actifs, quels que soient leurs statuts juridiques.

Outre ces deux types de prérogatives, piliers du Droit de l'activité, il conviendrait, sans doute, d'accorder, à l'actif dépendant, une garantie de paiement, en cas de défaillance du donneur d'ordres. En effet, la situation de dépendance économique ne peut pas être compatible avec une position de créancier chirographaire, si le donneur d'ordres fait l'objet d'une procédure collective, et, au même titre que les salariés sont réglés prioritairement, grâce à l'AGS, il est indispensable d'organiser, par voie législative, un régime d'assurances, visant à garantir les créances des actifs dépendants.

Nous allons, maintenant, consacrer quelques développements aux contraintes du professionnel dépendant.

b- Les contraintes de l'actif dépendant

765. Partenaire privilégié du donneur d'ordres, le travailleur dépendant est tenu d'une obligation renforcée de loyauté à son égard, en raison, notamment, de son accès à des informations confidentielles ou stratégiques : cette obligation peut conduire, quelquefois, à accorder une exclusivité au donneur d'ordres, mais, en toute hypothèse, elle crée, à son profit, un devoir de forte confidentialité et, plus généralement, elle implique, chez le travailleur dépendant, des règles éthiques strictes.

- Les règles éthiques

766. En étroite relation avec l'entreprise du donneur d'ordres, destinataire d'informations spécifiques, quelquefois associé à des décisions ou à des développements hautement stratégiques, l'actif dépendant est tenu à un strict devoir de confidentialité, vis-à-vis de l'environnement en général, et, plus, particulièrement, des concurrents du donneur d'ordres.

Il peut, parfois, s'avérer légitime, pour le donneur d'ordres, d'exiger une exclusivité contractuelle de la part du professionnel, en lui interdisant, au cours de la durée d'exécution du contrat, d'exercer une mission concurrente. Cette exclusivité peut être, ou non, réciproque : parfois, le donneur d'ordres a recours, concomitamment, à plusieurs prestataires et il ne saurait, alors, accorder une exclusivité au professionnel dépendant. Assimilable à une clause

de non-concurrence, l'exclusivité doit respecter les conditions inhérentes à ce type de règle contractuelle¹⁶⁷⁵ ; elle est, en outre, de nature à accroître le lien de dépendance économique et il pourrait s'avérer fondé d'organiser une indemnisation spécifique de cette exclusivité, qui accroît le risque, pour le professionnel dépendant, de «se couper du marché».

Quel que soit son degré d'investissement dans l'activité du donneur d'ordres, l'actif dépendant reste juridiquement autonome, il engage, donc, sa responsabilité professionnelle.

- La responsabilité professionnelle

767. Conséquence directe et nécessaire de l'autonomisation du professionnel dépendant, sorti du lien de subordination juridique qui caractérise le travail salarié, l'engagement de sa responsabilité professionnelle propre se révèle incontournable. Dès lors, la souscription d'une assurance de responsabilité civile professionnelle, quelle que soit l'activité du quasi-indépendant se révèle indispensable, lorsqu'il est signé un contrat d'activité dépendante. Certains auteurs¹⁶⁷⁶ ont proposé d'imputer, économiquement, la charge financière de cette assurance au donneur d'ordres : une fois encore, cela semble difficile, dès lors que l'actif dépendant peut avoir plusieurs clients et il semble préférable d'en laisser le paiement au professionnel, à charge, pour lui, de l'intégrer dans ses coûts, lorsqu'il formule une proposition financière à ses clients.

En revanche, lorsque la mission du professionnel va s'accomplir en étroite collaboration avec les salariés intégrés à l'entreprise, il pourra s'avérer difficile de sérier, avec précision, les responsabilités respectives du donneur d'ordres et de l'actif dépendant, pour leur imputer juridiquement et financièrement la réparation du dommage : dans une telle hypothèse, le contrat d'activité dépendante étant conclu entre professionnels, rien ne devrait s'opposer à l'inclusion d'une clause exonératrice de responsabilité, au bénéfice de l'actif dépendant¹⁶⁷⁷.

Il est une autre contrainte qui résulte, pour l'actif dépendant, du choix d'un statut non-salarié, c'est celle d'organiser l'indemnisation des périodes éventuelles de non activité.

- La couverture de l'inactivité forcée

768. Le risque économique, résultant de périodes d'inactivité forcée, devrait, à l'évidence, être géré au sein du socle commun du Droit de l'activité¹⁶⁷⁸ ; nous avons,

¹⁶⁷⁵ Nous ne faisons pas, bien évidemment, référence à la jurisprudence de la chambre Sociale, relative au seul contrat de travail, qui impose, désormais, une contrepartie financière

¹⁶⁷⁶ Par exemple, J. BARTHELEMY, « Essai sur la parasubordination », Semaine Sociale Lamy, 8 septembre 2003

¹⁶⁷⁷ La limite, posée par la jurisprudence, tient au maintien, chez le bénéficiaire de la clause, de ses obligations contractuelles essentielles, qui constituent la cause de l'engagement.

Cf, par exemple, Cass. 1^{ère} civ., 23 février 1994, JCP, G, 1994, I, n° 3809, obs. G.VINEY

¹⁶⁷⁸ Ut Supra

cependant, fait le choix de ne pas l'intégrer dans notre projet, en raison des difficultés pratiques à créer un régime général et universel, de garantie, des périodes d'inactivité forcée. En conséquence, au même titre que le quasi – indépendant doit se préoccuper seul de sa protection sociale, il doit se prémunir contre les risques de non - activité forcée, même si le régime actuel de garantie chômage des salariés prévoit une reprise des droits à indemnisation non épuisés, en cas d'échec d'une création d'entreprise par un allocataire.

Pour ce faire, il dispose des régimes de garantie, créés par les organisations syndicales patronales ; de même les groupements « Loi MADELIN » peuvent proposer, outre des régimes d'assurance-vieillesse complémentaire, la couverture du risque-chômage. Ces dispositifs offrent, aujourd'hui, une garantie moindre, à coût égal, que le régime UNEDIC. Toutefois, l'arrivée des chefs d'entreprises dépendantes, dans le secteur non-salarié, serait de nature à augmenter sensiblement le nombre de cotisants à ces régimes, provoquant ainsi une amélioration des prestations et une diminution des coûts de ces assurances.

Dans ce domaine, la négociation collective interprofessionnelle aurait, à l'évidence, un champ d'action privilégié.

769. De la même manière, le règlement des différends ou des litiges, survenant dans l'exécution d'un contrat d'activité dépendante, pourrait être organisé, de manière rapide et pragmatique, par la mise en place, à l'échelon des acteurs économiques, de structures paritaires, regroupent donneurs d'ordres et actifs dépendants, en vue d'organiser des conciliations, voire des arbitrages. Nous allons revenir sur cette proposition, en examinant, maintenant, la rupture du contrat et ses conséquences.

II- La rupture du contrat et ses conséquences

Pour l'actif dépendant, la rupture du contrat peut s'avérer lourde de conséquences, en le privant d'une partie significative de ses revenus. Il faut rappeler, tout d'abord, que l'application de la présomption de non-salariat écarte, sauf preuve contraire, la requalification en contrat de travail, avec les droits à indemnité qui y sont attachés¹⁶⁷⁹.

Pour sérier les difficultés de la rupture du contrat d'activité dépendante, il importe de s'intéresser aux conditions et aux modalités de cessation du contrat (A) pour aborder ensuite les conséquences de la rupture (B).

¹⁶⁷⁹ Ut Supra

A- Les conditions et les modalités de la rupture

La cessation des relations contractuelles peut avoir des origines diverses (1) ; en toute hypothèse, il importe qu'elle s'accompagne de modalités visant à en atténuer l'impact défavorable, pour la partie en situation de dépendance (2).

1) Les hypothèses de cessation des relations contractuelles

770. En application du cadre légal obligatoire, les hypothèses d'une rupture conventionnelle unilatérale seront rares, dès lors que certaines clauses résolutoires sont réputées non écrites¹⁶⁸⁰. Lorsqu'elles surviendront, il semble indispensable de ne faire opérer la résiliation en cas d'inexécution, par une partie, de ses obligations, qu'après mise en demeure, restée sans effet, durant un délai suffisant (15 jours, par exemple).

Les contrats d'activité dépendante, comme tous les contrats successifs, prennent fin par le non-renouvellement à l'arrivée du terme conventionnel, pour les contrats comportant une limitation de durée, voire par une rupture anticipée (a), ou par la dénonciation, pour les contrats conclus pour une durée indéterminée (b).

a- La rupture du contrat d'activité dépendante à durée déterminée

Le contrat d'activité dépendante pourra être conclu avec un terme certain, pour une durée minimale de six mois. Sa cessation peut créer problème, soit en présence d'une clause de renouvellement, soit en cas d'une rupture anticipée, indépendamment de la volonté commune des parties.

- La cessation en présence d'une clause de renouvellement

771. Un parallèle peut être fait avec les contrats agricoles d'intégration¹⁶⁸¹, conclus la plupart du temps pour une durée déterminée et dont le non-renouvellement constitue, pour le producteur, une lourde menace. En effet, les cycles de production étant organisés pour une durée assez longue, l'agriculteur va être coupé du marché et perdre contact avec les autres entreprises. Néanmoins, aucun critère, même de nature économique, ne permet aux juges d'accorder aux producteurs un droit au renouvellement. Dès lors, la rupture n'est pas créatrice de droits à indemnité, seules les circonstances peuvent ouvrir la voie à réparation.

¹⁶⁸⁰ Ut Supra

Notons, à cette occasion, qu'il ne peut s'agir d'une résolution du contrat, mais seulement d'une résiliation, jouant pour l'avenir.

¹⁶⁸¹ Voir G. J. MARTIN, « Les contrats d'intégration dans l'agriculture », RTDC, 1974, p. 25

Le risque est similaire pour un quasi-indépendant ayant contracté un contrat d'activité d'une durée relativement longue, qui se verrait opposer un non renouvellement de son contrat.

La rédaction du contrat pourra, alors, avoir une influence, car, certaines clauses, telles que celles qui sont insérées dans de nombreux contrats d'intégration, font présumer, chez les parties, une volonté d'envisager favorablement le renouvellement du contrat, créant au profit du quasi-indépendant le « droit d'espérer » le renouvellement du contrat. Il est fort probable, dans ces hypothèses, que le non renouvellement sera regardé comme suspect par le juge qui devra rechercher s'il n'y a pas abus dans l'exercice du droit de non-renouvellement, en raison, par exemple, d'un préavis insuffisant.

Toutefois, quelles que soient les motivations de la jurisprudence, elle applique strictement les règles du droit civil, décidant que le non-renouvellement du contrat par le partenaire privilégié ne constitue pas en soi une faute¹⁶⁸² mais au contraire l'exercice d'un droit¹⁶⁸³, ce qui conduit la doctrine à penser qu'il n'existe pas de droit au renouvellement des contrats de distribution au profit des entreprises dépendantes¹⁶⁸⁴. Le raisonnement pour un contrat d'activité dépendante sera, sans aucun doute, similaire et il semble peu opportun de modifier cette situation, par voie législative.

- La cessation anticipée

772. La règle semble devoir être celle applicable à un contrat de travail à durée déterminée : la rupture anticipée doit demeurer exceptionnelle, sauf accord des parties, force majeure (le décès du professionnel dépendant en présence d'une clause d'intuitus personae), faute grave d'un co-contractant, sanctionnée par une résiliation judiciaire, transformation en contrat d'activité dépendante à durée indéterminée ou en contrat d'entreprise ordinaire.

La motivation de la rupture est ici encadrée, ce qui n'est pas le cas pour une durée indéterminée.

b- La rupture du contrat d'activité dépendante à durée indéterminée

773. Il convient de rappeler que les parties peuvent prévoir, dans leur contrat, des causes légitimes de rupture, hormis l'hypothèse des clauses de résiliation prohibées¹⁶⁸⁵.

En dehors des causes expressément prévues contractuellement, la décision de rompre le contrat à durée indéterminée comporte une exigence de motivation, qui renvoie à la notion de

¹⁶⁸² Cass. Com., 13 juin 1978, Bull. Civ. IV, n° 164, p. 140 ; Cass. Com., 27 mai 1980, D. 1981, p. 314 ; Cass. com., 17 avril 1980, Bull. civ. IV, n° 152, p. 118

¹⁶⁸³ Cass. Com., 9 juillet 1952, R.T.D.Com, 1953, p. 720 ; Cass. Com., 3 décembre 1980, JCP, 1981, IV, p. 66 ; Cass. Com., 9 janvier 1985, JCP, 1985, IV, p. 110

¹⁶⁸⁴ Voir P. Le TOURNEAU, « Le franchisage », JCP, 1980, ed. C. I, II, 13362, n° 76
P. DURAND, « Réflexions sur la concession automobile », JCP, 1982, ed. C. I, II, 13785
J.M. MOUSSERON et autres, « Droit de la distribution », Litec, 1975, n° 332

l'abus de droit ou à l'intérêt commun. Ainsi, les juges auront recours à la notion d'abus de droit, chaque fois que sera mis en évidence la volonté de mal faire. La doctrine, affirme, notamment, qu'en présence de contrats de dépendance¹⁶⁸⁶, si le partenaire privilégié n'a pas en principe à motiver sa décision de ne pas poursuivre les relations contractuelles, « *il reste que accusé d'avoir commis un abus, il ne peut en principe se contenter d'affirmer qu'il n'a fait qu'user d'un droit. Il pourra s'agir du comportement fautif de ce dernier ou de manquements à ses obligations contractuelles, de la volonté de réorganiser le réseau de distribution, de la nécessité de faire face à des impératifs économiques, ou encore de la situation déficitaire de l'assujetti*¹⁶⁸⁷. »

Dès lors, s'il est établi que le motif réel, inspirant la décision du donneur d'ordres, est la volonté d'évincer le quasi-indépendant après qu'il ait déployé une intense activité, en lui créant, par exemple, une clientèle stable, l'abus sera caractérisé. Mais lorsque l'intention de nuire n'est pas flagrante, la jurisprudence se contente d'une régularité apparente de la cessation des relations contractuelles. Si l'on souhaitait aller au-delà de cette solution, « *il faudrait pour cela remplacer la théorie classique par une notion plus adaptée à la vie des affaires et à sa spécificité. C'est pour cela que les assujettis ont porté leurs efforts sur cette notion relativement neuve qu'est l'intérêt commun*¹⁶⁸⁸ ».

La notion d'intérêt commun a été essentiellement, voire exclusivement, appliquée au contrat de mandat, lequel, gratuit et bénévole à l'origine, est devenu progressivement à titre onéreux. Dans les contrats de distribution, l'intérêt commun¹⁶⁸⁹ a eu, ainsi, pour effet de contraindre le cocontractant du distributeur, à motiver sa décision de rompre¹⁶⁹⁰.

Concernant le contrat d'activité dépendante, l'intérêt commun doit pouvoir être retenu par les juges, mais il semble plus sûr, pour le quasi-indépendant, d'obliger contractuellement, le donneur d'ordres à motiver sa décision de rupture.

¹⁶⁸⁵ Ut Supra

¹⁶⁸⁶ Cf G. VIRASSAMY, op. cité

¹⁶⁸⁷ G. VIRASSAMY, Ibid

¹⁶⁸⁸ Ibid

¹⁶⁸⁹ Cf G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi DOUBIN du 31 décembre 1989 », JCP, E 1990, n° 25

¹⁶⁹⁰ Cependant, la jurisprudence considère qu'il est possible d'écarter les effets de la qualification d'intérêt commun par le biais de stipulations contractuelles pour revenir au droit commun, c'est-à-dire à la révocabilité ad nutum.

2) Les modalités de la rupture

En généralisant l'obligation de motiver la décision, il est possible de limiter les risques et la fréquence des ruptures (a) ; le respect d'un préavis semble, en outre, incontournable (b).

a- L'obligation d'information

74. La motivation de la rupture devrait respecter un certain formalisme, qui s'exprimerait, dans les faits, sous des modalités diverses, traduisant la reconnaissance de la spécificité des contrats d'activité dépendante et la volonté de moraliser les pratiques de cessation de ces contrats.

Il convient, tout d'abord, de rappeler que les parties ont une obligation périodique de se rencontrer et que le donneur d'ordres doit, lors de ces rendez-vous informer son interlocuteur sur l'avenir de leurs relations. En effet, si, pour un salarié, l'incertitude sur le maintien, ou non, du contrat assurant son existence paraît à juste titre insupportable, cette situation l'est davantage encore pour un professionnel dépendant, non salarié. Lorsque le donneur d'ordres envisage de mettre un terme au contrat d'activité dépendante, il se doit, donc, de délivrer une information circonstanciée lors de l'entrevue, en la confirmant, ensuite, par voie écrite.

Cependant, imposer une obligation d'information serait chose vaine si le cocontactant ne disposait pas d'un délai pour en tirer profit, l'objectif étant de lui permettre de s'organiser en connaissance de cause.

b- Le respect d'un délai de préavis

75. Le respect du délai de préavis est un élément essentiel dans le formalisme de la rupture, et sa violation doit engager, de manière systématique, la responsabilité du donneur d'ordres.

En droit commun, il n'existe pas une durée de préavis qui soit unique, ou spéciale à chaque type de contrat ; en cas de conflit, c'est, souvent, le juge du fond qui apprécie souverainement la durée de celui-ci, en tenant compte de divers éléments, tels que la durée des relations contractuelles, les usages reconnus par des accords professionnels ou la notoriété¹⁶⁹¹. Les cocontractants restent, la plupart du temps, libres d'aménager leur contrat et de prévoir la durée de préavis de leur choix, sous réserve qu'elle soit suffisante et raisonnable.

Cependant, l'obligation d'accorder un préavis connaît dans les faits une véritable généralisation, et les textes, tant législatifs que réglementaires, destinés à régir certaines

¹⁶⁹¹ Voir J.M. MEFFRE, « La rupture des relations commerciales établies : 36-5 vs 1135 Harmattan ou sirocco ? », JCP, Cahiers de Droit de l'entreprise, 14 décembre 2000

activités économiques ou à créer un statut professionnel en prévoient un, variable selon la nature juridique des contrats et selon les activités considérées¹⁶⁹².

Dans le contrat d'activité dépendante, le préavis sera d'une durée prenant en compte l'ancienneté des relations ; il paraît logique de le fixer à un minimum de trois mois, lorsque la durée de la collaboration n'aura pas dépassé un an, pour le porter à six mois, au-delà de cette durée.

Une fois les modalités de rupture définies, il importe de s'interroger sur ses conséquences.

B- Les conséquences de la rupture

Pour compléter la protection des professionnels dépendants, il convient de leur assurer, lorsque cela s'avère justifié, une juste indemnisation (1) dont la détermination relèvera, souvent, d'une décision contentieuse (2).

1) L'indemnisation de l'actif dépendant

776 Lorsque les conditions et procédures (préavis, motivation, information) de la rupture ont été négligées, on a pu se demander si la réparation la plus adéquate ne devrait pas consister en la condamnation à une réparation en nature. Il est, cependant, admis que les obligations de faire ne peuvent conduire à une exécution forcée, a fortiori, dans le contrat d'activité dépendante, fondé sur une étroite collaboration des parties. L'indemnisation apparaît donc comme la meilleure réparation possible, et c'est d'ailleurs dans cette voie que s'est orienté le droit positif en matière de cessation des contrats de dépendance : indemnité de clientèle, indemnité de fin de gérance, indemnité de brusque rupture...

Dans les contrats de dépendance, les indemnités visent à réparer le préjudice subi par le plus faible, soit du fait de la cessation du contrat par lequel il assurerait son existence ou le développement de son entreprise, soit du fait de la perte des fruits de l'activité qu'il a déployée durant les relations contractuelles.

¹⁶⁹² Article 5 du décret du 30 septembre 1953 portant sur le statut des baux commerciaux, article L. 411-6 et L. 411-47 du Code rural, article L. 751-5 du Code du travail en matière de rupture du contrat de V.R.P, article 5 du règlement communautaire du 12 décembre 1984 en matière de contrats de distribution d'automobile qui prévoit un préavis de six mois sauf s'il s'agit de la première période contractuelle ou si une indemnisation est prévue en faveur du concessionnaire...)

« *Qu'il s'agisse de l'indemnité de clientèle des V.R.P., de l'indemnité compensatrice des agents généraux d'assurances ou de l'agent commercial, il est permis de penser qu'elles sont unies par une indiscutable identité de fondement juridique : la volonté de prendre en considération la participation de l'assujetti à l'activité de son partenaire privilégié.* »¹⁶⁹³

L'indemnisation de l'actif dépendant s'imposera d'autant plus que le comportement du donneur d'ordres fera l'objet de reproches, les indemnités sanctionnant, surtout, un comportement ou une attitude répréhensible au regard des dispositions conventionnelles, de la bonne foi.¹⁶⁹⁴

Dès lors, selon qu'il s'agit d'indemnités de rupture compensant une perte, ou d'indemnités de responsabilité sanctionnant un comportement, le calcul de leur montant présente plus ou moins de difficultés.

Nous nous intéresserons, successivement à l'indemnité de rupture abusive (a) puis aux éventuelles indemnités de non-concurrence et de propriété intellectuelle (b).

a- La rupture abusive

777. Pour les indemnités sanctionnant un comportement, c'est au juge qu'il revient de fixer l'indemnité, en appréciant souverainement l'étendue du préjudice allégué. Le préjudice sera, en effet, très différent, dans son étendue, selon l'ancienneté du contrat, le degré de dépendance, l'exigence ou non, d'une exclusivité, ou encore selon les investissements ou les embauches que l'entreprise dépendante aura dû réaliser.

Les indemnités de rupture échapperont à ces aléas si leur mode de calcul est prévu avant toute phase contentieuse. Le Droit du travail est l'exemple le plus significatif en la matière avec les différentes indemnités prévues en cas de cessation du contrat du salarié. En effet, l'indemnité de licenciement est calculée en fonction du salaire perçu et de l'ancienneté du travailleur, de sorte que ce dernier sait, avant même la décision de rupture, quelle sera l'importance de l'indemnité dont il deviendra créancier.

La législation concernant les contrats de dépendance¹⁶⁹⁵ s'est inspirée, de son côté, de cet esprit, cherchant à donner au calcul des indemnités un caractère objectif. Ainsi, elle institue souvent des modalités de calcul mais avec une constante : l'interdiction de prévoir forfaitairement et à l'avance le montant de cette indemnisation. S'agissant d'une opération délicate pour le juge, celui-ci peut confier cette mission à un expert.

¹⁶⁹³ G. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance », op. cité

¹⁶⁹⁴ Ont ainsi entraîné la condamnation du partenaire privilégié, le non respect d'un délai de préavis qui donne un caractère brutal à la cessation du contrat, le non paiement au V.R.P. de ses commissions, une accusation fallacieuse d'escroquerie à l'encontre de l'assujetti, la violation de l'exclusivité...

¹⁶⁹⁵ G. VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance », op. cité, p. 254

Il peut, donc, s'avérer nécessaire de verser une indemnité au quasi-indépendant, en fin de contrat d'activité dépendante, s'il a subi un préjudice pour rupture abusive : le montant de l'indemnité pourrait en être prévu conventionnellement, en se fondant sur la durée du contrat.

De la même façon, d'autres indemnisations pourront être prévues au contrat.

b- La non-concurrence et la propriété intellectuelle

778. Les clauses, aux termes desquelles l'une des parties à un contrat s'engage à ne pas exercer une activité, de nature à faire concurrence à l'autre, ou à des tiers, pendant la durée des relations contractuelles ou après leur expiration, se rencontrent souvent à l'occasion de l'exercice d'une profession commerciale¹⁶⁹⁶.

Le législateur est parfois, intervenu, pour manifester son refus de ces restrictions, mais ses interventions ont gardé un caractère exceptionnel. Ainsi, la loi du 31 décembre 1990¹⁶⁹⁷ créant la nouvelle profession d'avocat, précise que le contrat de collaboration, ou le contrat de travail, conclu par l'avocat « *ne doit pas comporter de stipulations limitant la liberté d'établissement ultérieure du collaborateur ou du salarié* ».

Abstraction faite de cette intervention législative, la jurisprudence est traditionnellement défavorable aux clauses de non-concurrence, considérant qu'elles portent atteinte à la liberté d'entreprise et à la liberté du travail. Dans l'hypothèse du contrat d'activité dépendante, il peut s'avérer nécessaire, pour le donneur d'ordres, de protéger ses intérêts légitimes, en imposant une telle clause à son co-contractant ; néanmoins, l'interdiction ne devra pas déboucher sur une impossibilité de fait, pour le professionnel dépendant, d'exercer son activité, et demeurer limitée dans le temps, l'espace et l'activité. Le juge pourra toujours être saisi pour en contrôler l'utilité et la proportionnalité¹⁶⁹⁸.

L'existence d'une contrepartie financière ne paraît pas devoir être une condition substantielle de validité, notamment si l'équilibre financier, originel, du contrat a pris en considération cette obligation de non-concurrence.

779. Le contrat d'activité dépendante, conclu souvent pour des prestations immatérielles, à haute valeur ajoutée, pourra, dans le prolongement de ce qui précède, faire naître, lors de la rupture, une incertitude sur la propriété intellectuelle des travaux réalisés par le professionnel dépendant. Outre la non-concurrence, le professionnel sera, ainsi, astreint à des obligations de

¹⁶⁹⁶ Elles sont principalement insérées dans des contrats de vente et de location gérance de fonds de commerce, dans des baux commerciaux, dans des contrats de travail conclus par des cadres ou des techniciens, clauses par lesquelles ces derniers s'engagent à ne pas établir une entreprise concurrente de celle qui les ont employés, ou de ne pas s'embaucher dans une telle entreprise.

¹⁶⁹⁷ Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990

¹⁶⁹⁸ Cette notion devenue omniprésente, en Droit du travail, paraît parfaitement adaptée au contrat d'activité dépendante.

secret, et de non divulgation de savoir-faire, ce qui doit, légitimement, conduire le donneur d'ordres à l'indemniser.

Quelquefois, au-delà de ces savoir-faire, le professionnel dépendant pourra, dans l'exécution du contrat, avoir acquis des droits de propriété intellectuelle, en déposant, par exemple, des brevets, sur lesquels le donneur d'ordres est susceptible de revendiquer, contractuellement, des droits d'exploitation ou de propriété : il sera, là aussi, normal de prévoir des indemnités compensatrices¹⁶⁹⁹.

L'indemnisation, éventuelle, du professionnel dépendant, peut donc s'avérer complexe et elle risque, souvent, de générer des contentieux.

2) Le contentieux de la rupture

780. Variante du contrat d'entreprise, le contrat d'activité dépendante n'a pas vocation à être l'objet de règles spécifiques de procédures, hormis lorsqu'il concernera une activité réglementée. Ainsi, selon qu'il liera des parties appartenant au secteur civil, ou du secteur commercial (voire aux deux), la compétence du tribunal sera déterminée selon les règles habituelles, autant pour la matière que pour le lieu ; la seule particularité résidera dans les dispositions d'ordre public figurant dans le contrat -cadre défini par la loi.

Cette remarque étant faite, il semble probable, d'une part, que de nombreux litiges mettront en jeu des considérations financières, comptables ou techniques, d'autre part, qu'ils nécessiteront un dénouement rapide, notamment en raison de l'état de dépendance économique du professionnel.

781. Ce double constat incite, logiquement, à privilégier le recours aux modes alternatifs de règlements des litiges, tels que conciliation ou arbitrage. L'introduction de clauses compromissoires, dans les contrats d'activité dépendante, pourrait ainsi se révéler judicieuse, et ce d'autant que, depuis la loi NRE du 15 mai 2001¹⁷⁰⁰, elles sont ouvertes à tous les contractants concluant des accords dans l'exercice de leur activité professionnelle.

La négociation collective pourrait, sans doute, faciliter l'émergence d'un règlement d'arbitrage, spécifique aux contrats d'activité dépendante, de façon à rendre plus rapide, plus aisé, et peu coûteux, le recours à cette technique de traitement des contentieux.

¹⁶⁹⁹ La contractualisation, visant à organiser l'appropriation des droits intellectuels, ayant leur origine dans le contrat d'activité dépendante, gagnerait à s'inspirer du régime légal régissant les inventions des salariés (ut supra) lequel, par bien des côtés, traite le salarié en véritable « actif dépendant », ut supra.

*

* *

782. Ainsi tracé, le cadre du contrat d'activité dépendante devrait pouvoir combler le vide juridique qui sépare, aujourd'hui, le contrat de travail du contrat d'entreprise ; son développement et son adaptation aux divers secteurs d'activités nécessiteront, ensuite, que ce dispositif légal soit complété et enrichi par la négociation collective, à l'image de ce qui se pratique en Droit du travail.

¹⁷⁰⁰ Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001

CONCLUSION DEUXIEME PARTIE

783. Au terme de l'étude de cette nouvelle catégorie de cadres, quasi-indépendants, qui est appelée à se développer avec l'évolution technique et sociétale de notre monde, il faut constater le rapprochement objectif des situations de nombre de cadres, qui vivent en « *autonomie dans la subordination* » et d'entrepreneurs, qui subissent « *l'allégeance dans l'indépendance* »¹⁷⁰¹.

Dès lors, plutôt que de « forcer » le cadre traditionnel du Droit du travail, en multipliant les exceptions et statuts dérogatoires, afin de protéger des pseudos-salariés, il semble préférable de faciliter le passage du contrat de travail au contrat d'entreprise, en aménageant ce dernier, en cas de « dépendance économique » pour en faire un contrat « d'activité dépendante » sécurisé ; lequel disparaîtra, au profit du contrat classique d'entreprise, si cesse l'état de dépendance économique.

Le droit du travail perdra ainsi une partie de ses ressortissants, mais, dans le même temps, intégrant des dispositifs applicables à tous les actifs, il deviendra, de par ce tronc commun, un véritable Droit de l'activité professionnelle.

784. Grâce à ce Droit de l'activité, protégeant tous les actifs, et grâce à l'amélioration conventionnelle de la situation du non-salarié, en situation de dépendance économique, la mobilité professionnelle se trouvera facilitée, dès lors que le passage du salariat au non salariat s'effectuera sans heurts et sans craintes¹⁷⁰². Le Droit du travail y gagnera en cohérence, en ne régissant plus que les « vrais salariés », mais aussi en influence, avec une connotation de Droit de l'activité professionnelle.

Nous avons, en effet, intégré dans le tronc commun à toutes les activités professionnelles, indépendantes, dépendantes, ou salariées, un grand nombre de dispositifs, qui sont, pour l'essentiel, extraits du Droit du travail, lequel constitue la référence juridique incontestable, pour organiser le Droit de la protection sociale ou le Droit de la formation.

¹⁷⁰¹ Ces expressions sont empruntées à A. SUPLOT, « Les nouveaux visages de la subordination », Droit Social, février 2000

¹⁷⁰² Si l'on en croit O. SPIRE, Président du cabinet Quincadres, qui déclarait, au Colloque de l'Ecole Supérieure, de Clermont-Ferrand, « Mutations du travail », le 15 novembre 2005, que les entreprises vont être confrontées à une véritable pénurie de cadres et devront alors, recruter les cadres, quelque soit leur âge. Le fonctionnement du marché du travail se trouvant modifié, cet appel aux cadres plus âgés va se faire par l'intermédiaire de missions en contrats à durée déterminée, voire en contrats d'activités dépendante. Les entreprises vont devoir apprendre à gérer cet emploi en mission et la multiplicité de ces missions va effacer la notion de précarité. Le Droit de l'activité paraît donc primordial pour les années à venir, dès lors que les cadres vont enchaîner différents statuts et types de contrats. Le contrat d'activité dépendante peut également apporter des solutions novatrices.

Rien n'empêcherait, donc, que ce Droit de l'activité soit rattaché au Droit social, notion plus large, mais très voisine, de celle du Droit du travail, cette dernière discipline demeurant axée sur l'étude et l'organisation des relations individuelles et collectives de travail, dans le cadre du seul salariat. Ainsi, le Droit du travail aurait vocation à régir le statut salarié, le Droit civil et le Droit commercial, s'appliquant aux entreprises, dépendantes ou indépendantes, et le Droit social organisant, de manière transversale, les droits reconnus à toutes les personnes en activité, voire en non-activité, si suivant les propositions du rapport SUPLOT, il était octroyé, à chaque citoyen, des «droits de tirage sociaux», lui permettant de gérer alternativement, dans son existence, des phases d'activité, de chômage, de formation ou de congés choisis.

~~785~~ L'œuvre créatrice du Droit du travail a donc largement dépassé la sphère des relations employeurs / salariés, créant des modèles transposables hors du seul secteur salarié, et il s'agit, désormais, de généraliser ces règles, source de progrès social, à tous les actifs, en les intégrant dans un Droit Social d'application générale. Le Droit du travail retrouvera, alors, son identité et sa raison d'être, à savoir la protection du salarié, en position de subordination juridique, et il deviendra inutile de lui rattacher d'autres sujets de droit, étrangers à cette relation salariée, dans le seul but d'assurer leur protection.

CONCLUSION GENERALE

~~786~~ Le Droit du travail est en crise, à l'image de nos sociétés évoluées qui, en dépit et en raison de l'élévation continue de leur niveau de vie, se rendent compte de leur fragilité : fragilité intérieure, due à une incapacité de créer et de maintenir un consensus social, pour ne pas avoir su intégrer de nouvelles populations, fragilité internationale, avec la mondialisation de l'économie, qui menace, brutalement, les situations les plus assises, conduisant entreprises et travailleurs à d'incessantes remises en cause.

~~787~~. Bâti pour une société industrielle, avec une logique de croissance économique, notre Droit social traditionnel se révèle inadapté pour appréhender des relations de travail qui ont échappé au schéma classique de la civilisation de l'usine, fondée sur une activité exercée dans un lieu unique, rythmée par des temps de production et balisée par des résultats matériels, quantifiables. Le lien de subordination, dans ce champ clos, borné dans l'espace et le temps, était facile à caractériser par les fonctions de commandement et de contrôle, et le Droit du travail, procurait, au salarié, les outils juridiques nécessaires à sa protection, face à un employeur tout puissant.

~~788~~. Aujourd'hui, la prestation de travail s'exerce souvent sans unité de temps ou de lieu, hors tout moyen de contrôle de l'employeur sur les conditions de son exécution, a fortiori lorsque le salarié dispose d'un haut niveau de technicité. Le pouvoir de direction, sur les cadres experts, se révèle très limité et il est souvent ramené à un contrôle, a posteriori, sur la réalisation des objectifs : le contrôle ne s'opérant que très faiblement sur les moyens, va se concentrer sur les résultats.

Nous l'avons constaté, le mode d'exercice de l'activité, pour ces cadres que nous avons dénommés quasi-indépendants, se rapproche de celui des professionnels autonomes, caractérisé par l'indépendance et la prise du risque d'entreprise : il est de plus en plus patent, que cette population, qui échappe largement à la subordination à l'égard de l'employeur, se trouve, en revanche, confrontée à la pression de la clientèle. Or, le Droit du travail traditionnel ne se préoccupe pas du client, restant cantonné à la relation binaire employeur/salarié. Il n'est donc pas surprenant que les hauts magistrats aillent chercher, de manière insistante, des règles de protection du salarié en dehors du Code du travail, faisant appel aux droits fondamentaux

de l'individu, aux visas du Code civil ou des grands textes fondateurs des Droits de l'Homme et du Citoyen.

789. Cet élargissement des sources du Droit du travail, s'il devient indispensable, en raison notamment de l'effacement des frontières entre vie privée et vie professionnelle¹⁷⁰³, ne contribue pas à clarifier une situation, caractérisée en France, par la diversité et la complexité des sources, du Droit social ; ceci pose, de manière récurrente, le problème de la hiérarchie des normes, notamment entre la loi et la convention. En phase contentieuse, la difficulté se trouve, désormais, accrue avec l'intervention des juridictions internes, mais aussi des Cours Européennes – Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) et Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)- qui jouent un rôle primordial, précisément, pour assurer le respect des droits fondamentaux.

790. Cette évocation de l'Europe doit nous inciter à faire un état des lieux, chez nos voisins et partenaires ; à en croire les experts¹⁷⁰⁴, le malaise est général car, en dépit des écarts de développement économique entre pays fondateurs et nouveaux adhérents, l'Europe se trouve, globalement, confrontée aux mêmes bouleversements des règles économiques et connaît une phase de transition.

Même si le contrat à durée indéterminée demeure la référence, chaque pays a multiplié les types de contrats, y compris hors du cadre salarial – Italie, Allemagne, Angleterre -, avec une place, plus ou moins grande, pour le dialogue social. Il en résulte, d'une façon générale, des normes trop nombreuses et trop complexes, quelquefois inappliquées et, ainsi que nous l'avons observé, en France, inadaptées à l'évolution socio-économique. Dès lors, le rôle du Droit communautaire doit être d'œuvrer pour une clarification et une homogénéisation de certains principes et de certaines définitions : celles d'employeurs ou de salariés, par exemple, gagneraient à être précisées, au regard de la co-traitance, de la sous-traitance ou du

¹⁷⁰³ Les Suédois utilisent le terme, très évocateur, de « travail sans limites »

¹⁷⁰⁴ Lors d'un très récent colloque consacré aux « Evolutions du Droit social pour répondre aux mutations du Travail », C.E. TRIOMPHE, ancien Président de l'association VILLERME et actuel Directeur de l'Université Européenne du Travail, et J. BARTHELEMY, expert régulièrement consulté au plan européen, ont procédé de manière convergente, au constat de cette « crise » européenne du Droit du travail. Colloque ADECCO, ESC, ANDCP du 15 novembre 2005, Clermont-Ferrand.

Voir aussi, A. SUPIOT, « Lectures étrangères sur le devenir du droit social », Droit Social, novembre 2005
Voir également, « L'Europe sociale, vue par la Commission, pour les cinq prochaines années, Liaisons Sociales Europe, 5 mars 2005. La Commission européenne va adopter un livre vert, à propos de l'évolution actuelle des nouveaux modèles d'organisation du travail, et du rôle du droit du travail, lorsqu'il s'agit de faire face aux évolutions, en fournissant un environnement plus sûr qui favorisera les transitions efficaces sur le marché du travail.

détachement infra-groupe. En outre, plusieurs questions sont sorties de la seule sphère de l'entreprise – santé, stress, non-discrimination, respect de la vie privée – avec des divergences conceptuelles dans les solutions, suivant les pays¹⁷⁰⁵, et il est important de les synthétiser au sein d'un véritable Droit de l'activité.

D'une façon générale, les relations de travail ne se limitant plus au cadre salarial, il importe d'intégrer aux négociations collectives d'autres acteurs (clients par exemple), car le dialogue social ne peut demeurer bi-polaire.

791. Les axes de recherche du Droit communautaire, rejoignent, pour une bonne part, les préoccupations françaises, et ils s'inscrivent dans la droite ligne de nos propositions, pour une simplification et une harmonisation des normes, communes à tous les actifs, au sein du Droit de l'activité.

De même, le constat selon lequel le Droit du travail ne peut prétendre réguler toutes les relations de travail rejoint notre volonté de créer le contrat d'activité dépendante, afin de faire coïncider la qualification juridique et la réalité économique.

792. Est-il, dès lors, opportun d'instaurer de telles réformes, en Droit interne, alors que le Droit communautaire semble devoir s'en saisir ? Pour nous, la réponse est affirmative car la France présente la double originalité d'avoir la plus importante population salariée et la législation sociale la plus abondante et la plus complexe ; il est donc urgent de recentrer le Droit du travail sur la relation salariale, et de lui retirer les secteurs qui doivent concerner toutes les formes d'activités – en créant un Droit de l'activité – ainsi que les actifs quasi-indépendants, protégés à l'avenir par le contrat d'activité dépendante.

793. Finalement, loin de constituer un constat d'échec, cette double évolution marque le succès éclatant du Droit du travail : le Droit de l'activité va généraliser et consacrer un progrès social, obtenu par les salariés, et le contrat d'activité dépendante va utiliser la technique de la négociation collective, issue du Droit du travail.

¹⁷⁰⁵ La France privilégie l'égalité, au plan des principes, sans toujours en rechercher la mise en œuvre effective, alors que nos voisins Européens, notamment les pays nordiques, s'intéressent à l'égalité de traitement entre salariés, qui doit être démontrée ; cette approche différenciée conduit à un renversement de la charge de la preuve

BIBLIOGRAPHIE

I-MANUELS-TRAITES-OUVRAGES

II- THESES

III-ARTICLES-CHRONIQUES

IV-COMMENTAIRES DE DECISIONS DE JUSTICE

V-CONVENTIONS COLLECTIVES-ACCORDS-CHARTES-CODES DE CONDUITE

VI-LOIS

VII-MAGAZINES-JOURNAUX-ARTICLES DE PRESSE

VIII-RECHERCHES INTERNET

IX-REFERENCES ITALIENNES et ALLEMANDES

MANUELS- TRAITES-OUVRAGES

- D. ANDOLFATTO, « Les syndicats en France », La Documentation française, 176 pages, 2004
- P.H. ANTONMATTEI, « Les conventions et accords collectifs du travail », Dalloz, 1996
« Les clauses du contrat de travail », collection Droit vivant, Ed. Liaisons, 2004
- B. AUDREY, « Le travail après la crise » InterEditions, 1994 et L'entreprise de soi, Flammarion, 2000
- J. AZEMA, « Les inventions d'employés », Litec, 1980
- O. BARRET, « Les contrats portant sur les fonds de commerce », LGDJ 2001, n° 232
- J. BARTHELEMY, « Droit de la durée du travail », 2ème édition, Litec, 1998
« Droit social, technique d'organisation de l'entreprise », Litec, 2003
- A. BENOIT, « Droit de l'emploi », PUG, Grenoble, 1995.
- J. BOISSONAT, « Le travail dans vingt ans », O. Jacob, 1995
- L. BOLTANSKI, « Les cadres. La formation d'un groupe social », Le Seuil, 1982
- J. P. BOUCHEZ,
« Les nouveaux travailleurs du savoir » Ed. d'Organisation, 2004
- P. BOUFFARTIGUE,
« Sociologie des cadres », La Découverte, 2000
« Les cadres. Fin d'une figure sociale », La Dispute, 2001
« Cadres : la grande rupture » La Découverte, 2002
- W. BRIDGES, Job Shift, Addison-Wesley, 1994 ; trad. Française, "La conquête du travail", Village mondial, 1995
- D. BURGAUD, « Le salaire ne fait plus tout », Ed.d'Organisation, 2002
- F. BUY, « L'organisation contractuelle du spectacle sportif », PUAM, 2002
- M. BUY, « Les collaborateurs de l'entreprise : salariés ou prestataires de services ? », Presse Universitaire d'Aix Marseille », 1995
- G. H. CAMERLINCK, « Le contrat de travail », Dalloz, Droit du travail, Tome 1, 1982
- J. CARBONNIER, « Droit et passion du droit sous la Vème République », Flammarion, Paris, 1996

- J.L. CERDIN, « L'expatriation », Editions d'organisation, novembre 2001, 344 pages
- A. CHARBIN, D. JOURDAN, M. MORAND, B. SERIZAY, « Epargne salariale et actionnariat salarié » Editions législatives 2001
- F. CHOPIN, « Le droit de grève », Editions L'Harmattan, 2003
- M. CLAMEN,
« Pratique du lobbying : 17 dossiers analysés », Edition Dunod, 28 septembre 2000
« Le lobbying et ses secrets », Dunot Editeur, juillet 2002
- P. COURSIER, « Le conflit de lois en matière de contrat de travail », LGDJ, 1993
- G. COUTURIER, « Droit du travail, relations individuelles », collection Droit Fondamental, P.U.F.
- N. D'ALMEIDIA, « L'entreprise à responsabilité illimitée. La citoyenneté d'entreprise en questions », Editions Liaisons, 1996
- J.F. DAIGNE, « Le LMBO ou la reprise de l'entreprise par ses salariés », Ed. Organisation 1987
- J. M. DECAUDIN, « Lobbying, Encyclopédie de gestion », Economica, Paris
- C. DEJOURS, « Souffrance en France, la banalisation de l'injustice sociale », Ed. Seuil, 1998
- A. DELFOSSE, « Holdings et reprise d'entreprise, LBO, LMBO, rachat par les salariés » Edition Organisation, 1988
- M. DEL SOL, « L'activité salariée aujourd'hui et demain », coll. Ellipses, 1988
- H. DENT ; Job Shock, St. Martins's Press, 1994 ; trad. Française, Job choc, First, 1995
- P. DESBRIERES, « Participation financière, stocks-options et rachats d'entreprise par les salariés », 1991
- G. DOLE, « La liberté d'opinion et de conscience en droit comparé du travail », LGDJ, 1997
- J. P. DUMONT, « Les systèmes de protection sociale en Europe ? » Economica, 2^{ème} ed., 1995
- F. DUPUY, « La fatigue des élites. Le capitalisme et ses cadres », coll. Seuil, 95 p.
- F. J. FARNEL, « Le lobbying : stratégies et techniques d'intervention », Editions de l'organisation, 1994

- F. FAVENNEC-HERY, « Temps de travail des cadres, temps de travail de demain ? », Ed. Liaisons, 2003, 121 pages
- C. GADEA, « Les cadres en France. Une énigme sociologique », Belin, 2003
- C. GODFINGER, « Travail et hors travail, vers une société plus fluide ? », Ed. O. Jacob, 1998
- L. GRAFFIN, « Le travail en question », Ed. des Mille et une nuit, 1999
- G. GROUX, « Les cadres », La découverte, 1983
- C. HANDY, The Age of Unreason, Harvard Business Press, 1990 ; trad. Française, l'Age de déraison, Village mondial, 1996
- M. F. HIRIGOYEN,
« Le harcèlement moral. La violence perverse au quotidien », Ed. Syros, 1998
« Malaise dans le travail, harcèlement moral : démêler le vrai du faux », Syros, 2001
- M. LALIGANT, « L'intervention de l'Etat dans le secteur agricole », LGDJ, 1970
- A. LEBAUDE, « Le travail toujours moins ou autrement », Ed. Le Monde/Marabout, 1997
- M. LEBAILLY, A. SIMON, « Anthropologie de l'entreprise. Gérer la culture comme un actif stratégique », Village mondial, 2004
- J.P. LE GOFF, « Les illusions du management, pour le retour du bon sens, mal être dans les organisations », Ed. la Découverte/poche, 2000
- J. LE GOLF, « Droit du travail et société : les relations individuelles de travail » PUF, Rennes, 2001
- H. De JOUVENEL, « La société française à l'horizon 2010 : réinventer l'univers du travail », in Le travail au XXIème siècle, Dunod, 1995
- D. KAYSERGRUBER, « Le temps de ceux qui ne le comptent pas » (L'exemple des autres pays : NL, Allemagne, GB, EU et Espagne), Editions d'organisation, 1999
- A. LYON-CAEN et P. LOKIEC, « Droits fondamentaux et droit social », Dalloz, 2005
- G. LYON-CAEN
« Le droit du travail non salarié », Sirey, 1990
« Le droit du travail, une technique réversible » Dalloz, 1995
- C. MAILLARD, « Les collaborateurs d'avocat..., peut-on être avocat et salarié ? », in Les collaborateurs de l'entreprise, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995, p. 55

- C. MAIER, « Bonjour paresse, de l'art et de la nécessité d'en faire le moins possible en entreprise », Ed. Michalon, 2004
- J.P. MARTIN, « Les inventions de salariés », Ed. Cétat, 1996
- A. MAZEAUD, « Droit du travail », 4^{ème} édition 2004, p. 332
- M. MINE, « Le droit du temps de travail », LGDJ, 2004
- O. MONGIN, « Le travail, quel avenir ? », Gallimard, Folio, 1997
- F. MOREL, « Temps de travail : durée, réduction et aménagement », Revue fiduciaire, 2003
- M.L. MORIN, « Crise de la société salariale et transformation des relations contractuelles », LIRHE, Université de Toulouse, septembre 1997
- J.M. MOUSSERON, « Technique contractuelle », 2^{ème} édition, avec la collaboration de M-L. IZORCHE, P. MOUSSERON et J. RAYNARD, Ed. F. Lefebvre, 2005
- M. MOUSSERON, « Les inventions de salariés », Ed. Litec, 1995
- J. PAILLUSSEAU, « Le droit moderne de la personnalité morale », Jurisclasseur Droit des affaires
- G. PAVY, « Dirigeants et salariés, les liaisons mensongères », Editions d'Organisation, 2004
- J. PELISSIER, « Droit de l'emploi », Dalloz, Paris, 1^{ère} éd., 1996
- Y. PICOD, « Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat », LGDJ, 1989, préface G. COUTURIER
- M. POUGET,
« Taylor et le taylorisme », Ed. PUF
« La souscription ou l'acquisition de droits sociaux par les salariés », Dix ans de droit de l'entreprise, 1978
- J.E. RAY,
« Droit du travail et règles morales », « Ethique, déontologie et gestion de l'entreprise », Economica, Paris, 1992
« Le droit du travail à l'épreuve des NTIC », Ed. Liaisons, mai 2001 ; « Le droit du travail à l'épreuve des TIC », 4^{ème} édition, entièrement refondue, Editions Liaisons, collection Droit vivant, février 2005
« Droit du travail droit vivant », 13^{ème} édition, 2005/2006
- T. REVET, « La dignité de la personne humaine en droit du travail », Economica, Etudes juridiques, 1999,

-B. SERIZAY, B. PLATEL, « La loi sur les retraites , les enjeux de la loi Fillon », Editions Liaisons, 2004, 172 pages

-M. SIMONNEAU, « Les clauses du contrat de travail », Liaisons, Coll. Liaisons sociales, éd. 2000

-A. SUPLOT ,

« Critique du Droit du Travail », PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 1994

« Le travail en perspectives », LGDJ, 1998

« Au-delà de l'emploi transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe, rapport pour la commission européenne », Ed. Flammarion, 1999

-B. TEYSSIE,

« Droit du travail, tome 1, Relations individuelles du travail », Litec, 1993 (2^{ème} édition) ; tome 2, « Relations collectives du travail », Litec, 2003 (3^{ème} édition)

« Les sources du droit du travail », PUF, 1998

« Droit européen du travail », Litec, 2002 (2^{ème} édition) ; Code du travail social européen

-A. UTZ, « Ethique sociale », 2 volumes, Editions universitaires Fribourg Suisse, 1960

-B. VERT, « Cadres, tous vos droits », Ed. Prat, 2005

-P. YONNET, « Travail et loisir », Ed. Gallimard, 1999

-Commission Européenne, livre vert, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale », Com. 2001, Bruxelles, 18 juillet 2001

THESES

- M. ATTARCA, « Une introduction au concept de stratégie politique d'entreprise », Thèse de doctorat de gestion, soutenue à l'école des Hautes études commerciales, 1999
- T. AUBERT-MONTPEYSEN, « Subordination juridique et relation de travail », Thèse, Ed. CNRS, 1988
- A. LE BAYON, « Notion et statut juridique des cadres de l'entreprise privée », Thèse, LGDJ, 1971
- M. CALMON, « La médecine salariée en France, Thèse, Bordeaux, 1984
- N. CAUSSE, « La valeur juridique des chartes d'entreprises au regard du droit du travail français », Thèse, Aix-Marseille, 2000
- D. CHANAL , « Les cadres, contribution à l'étude des contradictions et de la pertinence d'un statut en droit du travail », Thèse, Lyon, 1995
- N. CAUSSE, « La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du droit du travail français », Thèse, Aix-Marseille, 2000
- G. JEANNOT-PAGES, « L'image du sportif en droit français », Thèse, Limoges, 1996
- R. MABILEAU, « L'évolution des modes de rémunération dans l'entreprise », Thèse, Nantes, 2004
- A. PROBST, « Le droit du travail à l'épreuve du télétravail au domicile », Thèse, Paris I, 2005
- V. RENAUX PERSONNIE, « L'avocat salarié : entre indépendance et subordination », Thèse, Aix-Marseille, 1998
- T. REVET, « La force de travail », Thèse, Montpellier, Litec, 1992
- O. RIVOAL, « Les cadres en entreprise. Dialectique de la diversité et de l'unité des cadres dans l'entreprise », Thèse, Rennes, 2004
- M. SEGONDS, « La délinquance du salarié et ses incidences sur la relation de travail », Thèse, Toulouse I, 1998
- A. SOBCZAK, « réseaux de sociétés et codes de conduite un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes », Thèse, LGDJ, 2002
- F. VARCIN, « Le pouvoir patronal de direction », Thèse, Lyon 2, 2000
- J.VIRASSAMY, « Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique », Thèse, LGDJ, Paris, 1986

ARTICLES ET CHRONIQUES

A-B-C

-P. ACTON, E. DELESSEUX, « De la nécessité de prévenir et de réprimer la discrimination ou le harcèlement psychologique dans la vie professionnelle », Petites Affiches, 21 août 1996

-C. ALBARIC, « L'adaptation de la franchise par le franchisé principal », JCP, E, suppl. n° 5 au n° 50, 16 déc. 1999

-D. ALIBERT, « A la recherche d'une structure juridique pour l'entreprise individuelle », in dix ans de Droit de l'entreprise, Fondation Nationale pour le droit de l'Entreprise, Tome 7, Librairies Techniques, 1978

-J.P. ANTONA, P. COLIN et F. LENGART, « La responsabilité pénale des cadres et des dirigeants dans le monde des affaires », D. 1996, p. 395

-P.H. ANTONMATTEI

« La qualification de salaire », Droit Social, juin 1997, p. 571

« La notion de durée du travail et la civilisation de l'information », JCP, G, mars 1998

« Les éléments du contrat de travail », Droit Social, 1999, p. 330

« Les cadres et les 35 heures : la règle de trois ! », Droit Social, décembre 1999

« Les cadres et les 35 heures : de la règle de trois à la règle de quatre », Droit Social, février 2000

« Le temps dans la négociation 35 heures », Droit Social, mars 2000

« Retour sur les clauses de variabilité », Jurisprudence Sociale Lamy, 30 août 2001

« NTIC et vie personnelle au travail », Droit Social, janvier 2002

« Accords de réduction du temps de travail : l'arrêt Michelin », Droit Social, septembre-octobre 2004

« Temps de trajet : il ne manquait plus qu'une intervention législative », Droit Social, 2005, p. 410

-P. ARSEGUEL, J. ISOUX, « Dépôt des accords d'intéressement », Droit Social, 1991, 126

« Des limites à la dérive de la notion de service organisé », Droit Social, 1992, p. 295

« Les nouvelles frontières entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise », in Les collaborateurs de l'entreprise, salariés ou prestataires de services ?, Travaux de l'IDA, Université d'Aix-Marseille III, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1995

-J.F. ARTZ, « La suspension du contrat à exécution successive », D. 1979, chronique p. 95

-L'Association VILLERME, « La loi Madelin et le code du travail, à contre-courant, une menace qui devrait pourtant rester sans effet », Droit Social, 1994, p. 673

-D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Le salarié malade : vers une nouvelle catégorie de salariés protégés », JSL 1998, n° 15

« Le temps de déplacement professionnel », JCP, E, 16 juin 2005

-G. AUZERO, « Transition entre le statut de salarié et celui d'entrepreneur », Bull. Joly Sociétés, août septembre 2003
« Les dispositions à caractère social de la loi du 2 août 2005 en faveur des PME », Bull. Joly, Sociétés, octobre 2005, p. 1083

-F. BARON, « La notion de temps de travail en droit communautaire », Droit Social, décembre 2001

-J.BARTHELEMY,

« La négociation collective, outil de gestion de l'entreprise », Droit Social, 1990, p. 580
« Contrat de travail et activité libérale », JCP, E, G, 1990, I, 3450
« Conséquences sociales de la création de la nouvelle profession d'avocat », JCP, E, 1991, I, 76
« Le surprenant statut de l'avocat salarié », Droit Social, 1992, p. 302
« Contrats de travail et d'entreprise : nouvelles frontières », JCP, E, 1994, 361, p. 257
« L'harmonisation du statut social des travailleurs indépendants sur celui des salariés », JCP, E, 1994, I, 375
« L'innovation sociale par plus de contrats », JCP, E, 1996, I, p. 29
« Le professionnel parasubordonné », JCP, E, 1996, n° 47
« La spécificité de la situation des cadres », JCP, E, 1997, n° 24
« Les relations du salaire et des temps de travail », Droit Social, 1997, p. 581
« Le temps de travail des cadres », Institut d'études européennes et internationales du travail et du cabinet J. Barthélémy et associés, Cahier de droit social, JCP 1997, n° 24
« Une convention collective de travailleurs indépendants », Droit Social, janvier 1997
« La notion de durée du travail et la civilisation de l'information », JCP, G, 1998, n° 10
« Le soi disant forfait tous horaires », JCP, E, 1999, n° 16
« Mutation du travail et évolution du droit social », Revue juridique d'Auvergne, vol. 2, 1999
« Collectivité du personnel et notion d'entreprise », D. 2000, n° 18
« Le professionnel libéral et les 35 heures », Droit Social, mars 2000
« Numéro spécial sur le PEE », Petites Affiches, 22 février 2001
« La nécessaire convergence des droits fiscal et de la Sécurité sociale », Revue de la faculté de droit de Toulouse, mars 2001
« Le développement du temps vraiment choisi », Droit Social, février 2002
« Droits du travail réglementaire et conventionnel : une articulation en mutation », avec G. CETTE, Documentation Française, décembre 2002
« Essai sur la parasubordination », Semaine Sociale Lamy, 8 sept. 2003
« Droit de la durée du travail : la tendance à la contractualisation », Droit Social, janvier 2003
« Conventions collectives et accords collectifs : pour un vrai droit de leur négociation », Droit Social, septembre/octobre 2003
« Indépendance ? Indépendance ! », La revue de l'Avocat Conseil d'Entreprises, 2005, n°93

-D. BASCHET, « Contrat de franchise et contrat de travail : franchiseurs...attention ! » Lettre préc., novembre 1995

-A. LE BAYON, « Cadres et agents de maîtrise », Encyclopédie Dalloz, Droit du travail, p. 2

- S. BEAL, « Les astreintes », JCP, E, 12 février 2004
- S. BEAL, M.N. ROUSPIDE, « Délégation du pouvoir de licencier », JCP, E, 26 mai 2005
- S. BEAL et A. GIROUD, « Trajets et temps de travail effectifs », JCP E, 2004, 285

- G. BELIER,
 « Temps de travail effectif et permanence du lien de subordination », Dr. Social, 1998, p. 530
 « Stock-options et droit du travail », Droit Social, septembre/octobre 2000

- I. de BENALCAZAR,
 « Le licenciement d'un salarié suite à l'envoi d'un courrier électronique à caractère privé », Travail et Protection Sociale, 2001, chron. 1
 « L'application du principe du secret de la correspondance aux courriers électroniques reçus ou émis à l'aide d'un outil informatique à usage personnel », Travail et Protection Sociale, janvier 2002
 « Traitement des données informatiques à caractère personnel au regard du droit du travail », Travail et Protection Sociale, avril 2002
 « Le salarié est-il victime des nouvelles technologies », Travail et Protection Sociale, mai 2002
 « Conventions de forfait : la nécessaire intervention du juge », Travail et Protection Sociale, octobre 2002

- J. M. BERAUD, « Maladie et perte d'emploi », Droit Social, 1991, p. 579
 « Le départ pour l'étranger du salarié détaché ou expatrié », Droit Social, 1991, p. 827

- B. BERCUSSON, « Les temps communautaires », Droit Social, mars 2000

- J. BERENGER-GUILLON et A. GALLIER, « L'utilité des chartes déontologiques relatives à l'utilisation de l'outil informatique », Gaz. Pal. 17 et 18 avril 2002

- D. BERRA, « Les chartes d'entreprises et le droit du travail », Mélanges dédiés au Président M. Despax, 2002, p. 125

- J. BERTHERAT, « Création, reprise d'entreprise et essaimage », Droit Social, février, 1994, n° spécial relatif à la « loi quinquennale », p. 115 et s

- J. P. BERTREL, « Faut-il réformer le régime juridique des BSPCE ? », Droit et patrimoine, décembre 2000

- M. F. BIED-CHARRETON, « A propos du rapport de VIRVILLE. Un projet de reféction du droit du travail néo-libéral : grille d'analyse », Droit Ouvrier, avril 2004

- H. BLAISE, « Maladie ou inaptitude physique du salarié ; une jurisprudence en pleine évolution », BS Lefebvre 12/1986, p. 503

- F. BLIN, « La délicate question de l'adaptation régulière au marché de la rémunération des commerciaux », TPS 2000, commentaire 16

- B. BOCCARA, « Le besoin et la nécessité : de l'indépendance du barreau », JCP, E, 1990, I, 3464

- B. BOSSU, « Nouvelles technologies et protection du salarié », RJS, août-septembre 2001
- B. BOUBLI, « La délégation de pouvoirs depuis la loi du 6 décembre 1976 », Droit Social, 1977, p. 82
- « Conseils de prud'hommes. Institution et fonctionnement », J.-Cl. Travail, 1997, fasc. 81-10
- « Sur la modification du contrat de travail et la loi AUBRY », Semaine Sociale Lamy, 27 juillet 1998
- « Les avantages acquis », Semaine Sociale Lamy, suppl. n° 1030, 28 mai 2001
- H. BOUCHET, « A l'épreuve des nouvelles technologies : le travail et le salarié », Droit Social, janvier 2002
- J.P. BOUCHEZ, « Marché et organisation : différenciation et intégration. Faut-il aller vers la reconnaissance du « contrat de travail indépendant ? », in Personnel, n° 436, janvier 2003
- B. BOUDIN, « Courrier et liberté de communication », Semaine Sociale Lamy, mai 2002
- C. BOUDINEAU, « Quelle protection contre le chômage pour les travailleurs indépendants ? », Petites Affiches, 30 juillet 2001, n° 150
- P. BOUGHANMI-PAPI, « Le port du voile islamique dans l'entreprise », JSL, 1^{er} septembre 2004
- R. BOUIS, « La qualification de cadre et les droits qui en découlent », Revue pratique de Droit Social, n° 311, mars 1971
- S. BOURGEOT, « Etat de santé du salarié et licenciement », Revue de jurisprudence sociale, juillet, 1998, p. 869
- F. BOUSEZ, « A propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail », JCP, E, 1997, I, 705
- V. P. BOUTEILLER, « Les nouvelles mesures de protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel », JCP, E, 2003, 1359
- C. BOUTY,
 « Le contrôle de l'insuffisance des résultats par le juge », Travail et Protection Sociale, avril 2001
 « Harcèlement moral et droit commun de la responsabilité civile », Droit Social, juillet-août 2002
- S. BREZIN, « L'application du principe du secret de la correspondance aux courriers électroniques reçus ou émis à l'aide d'un outil informatique à usage personnel », TPS, janvier 2002

- M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », in Mélanges MARTY, 1978, p. 239
- M. CARIUS, « La réforme du sport professionnel. Loi du 15 décembre 2004 », JCP, G, 6 juillet 2005
- R. CASTEL, « Droit du travail : redéploiement ou refondation ? », Droit social, mai 1999
- J.F. CESARO, « La notion de transfert d'entreprise en droit social », Droit Social, juillet/août 2005
- A. CHARBIN, « Salarié expatrié », Droit Ouvrier, février 1991
- J.P. CHAUCHARD,
 « Subordination et indépendance : un sysphe juridique ? », TPS, octobre 2001
 « Le rescrit social, procédure d'interrogation de l'URSSAF », Droit Social, 1995, p. 642
- P. CHAUMETTE, « Quel avenir pour la distinction travail dépendant / indépendant », in « Le travail en perspectives », sous la direction d'A. SUPIOT, L.G.D.J., 1998
 « Les risques professionnels des travailleurs indépendants », Ibid
- F. CHAUTARD, « Contrat de travail : comment gérer les clauses de non concurrence depuis les arrêts du 10 juillet 2002 ? », JCP, E, décembre 2002
- Y. CHAUVY, « Travail et religion sous le rapport tempéré de la neutralité (autour d'un interdit alimentaire dans l'islam de l'outre-mer français) », Gaz. Pal. 18 et 19 nov. 1998
- A. CHEVILLARD,
 « Prise en compte des libertés individuelles et droit du travail », L'année de droit social 1998, Editions du juris-classeur, Hors-série, p. 115
 « Le contentieux du temps de travail effectif », SSL, 29 nov. 1999, n° 958
- A. COEURET, « La nouvelle donne en matière de responsabilité », Droit Social 1994, p. 627
- A. COLOMER, « Le statut des conjoints d'artisans et de commerçants travaillant dans l'entreprise familiale : Defrénois 1982, art. 32954, n° 38
- A. E. COMBES, « Vers une contractualisation des systèmes de stock-options », Jurisprudence Sociale Lamy, n° 111, 12 novembre 2002
- A. CORMIER, « Stock-options et droit du travail », Droit Social, septembre/octobre 2000
- D. CORRIGNAN-CARSIN, « Loyauté et droit du travail », Mél. H. BLAISE, Economica, éd. 1995, p. 125
- N. COTE, « Le portage salarial : entre innovation et dérive », JCP, E, novembre 2002

-V. COTTEREAU, « Les inventions de salarié », Jurisclasseur Travail

-P. COURSIER,

« L'obligation de rapatriement et de reclassement du salarié mis à la disposition d'une filiale à l'étranger », Droit Social, mai 1994

« Un temps de travail compatible avec la protection sociale complémentaire du cadre », JCP, E, 1997, n° 24

-G. COUTURIER,

« Les nullités du licenciement », Droit Social, 1977, p. 227

« Pot-pourri autour des modifications du contrat de travail », Droit Social, 1998, p. 878

« La rémunération, élément du contrat de travail », Droit Social, juin 1998

-P. CUCHE, « La définition du salarié et le critère de la dépendance économique », DH, 1932, Chr. 101 ; « Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail », Rev. Crit., 1913, 412

ARTICLES D E F

-S. DARMAISIN, « L'ordinateur, l'employeur et le salarié », Droit Social 2000, p. 580

-I. DAUGAREILH, « Le contrat de travail à l'épreuve des mobilités », Droit Social, 1992, p. 573

-V. DAZAT, « L'introduction en droit français des options sur titres au bénéfice des salariés », Banque, 1971, 357

-J. DELGA, « Le harcèlement moral : éléments caractéristiques du harcèlement moral au regard du Code du travail et de la jurisprudence contemporaine », Droit Ouvrier, avril 2005

-M. DEL SOL, « Le droit des salariés à une formation professionnelle qualifiante, des aspects juridiques classiques, des interrogations renouvelées », Droit Social, 1994, p. 412

-B. DENKIEWICZ, « La légalité des sociétés de portage », Les entretiens du Freelance, janvier 2001

-J. DEPREZ, « Licenciement des cadres dans les groupes multinationaux, identification de l'employeur et détermination de la loi applicable », RJS, mars 1998

-I. DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion », JCP, G, 26 février 2003

-P. DESBRIERES, « Les limites des stock-options », Banque magazine, n° 613, avril 2000

- A. De SENGAL, « La requalification de contrats de société et de gérance en un contrat de travail, SA CHE c. Berthet et autres, Cour d'appel de Paris, 7 juin 2001 », Droit Ouvrier, décembre 2001.
« Les faux travailleurs indépendants face au droit du travail et de la protection sociale : les avatars de la requalification », Droit Ouvrier, juin 2001
- M. DESPAX, « La vie extraprofessionnelle du salarié et son incidence sur le contrat de travail », JCP 1963, I, 1776
- F. DOROT, « La vérité sur le faux travail indépendant », Dr. Soc. Juillet/ août 1995, p. 638
- J. J. DUPEYROUX, « Travail et activité sociale », Dr. Soc. 1995, p. 24
- J. DUPLAT, « Droit d'expression et liberté d'expression des salariés dans l'entreprise », Droit Social, février 2000
- P. DURAND, « Naissance d'un droit nouveau : du droit du travail au droit de l'activité professionnelle », Droit Social 1952, p. 437.
- C. DURAND-PRINBORGNE, « La formation tout au long de la vie entre droit de l'éducation et droit de la formation », Droit Social, mai 2004
- P. ENGEL, « Remarques polémiques sur le droit préférentiel de souscription et les BSPCE », JCP, E, décembre 2000, p. 1804
- M.C. ESCANDRE-VARNIOL, « Pour une évolution de la qualification juridique des changements d'horaire ou de lieu de travail », Droit Social 2002, p. 1064
- C. DE HAAS et R. GILBEY, « Conséquences en matière de licences et litiges des nouvelles lois régissant la propriété industrielle », RD Intell. 1992, p. 143
- N. EL HAGE, « Les règles de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés sont-elles adaptées au télétravail », Droit Social, janvier 2002
- D. FABRE, « Les cadres et le travail à temps partiel, un temps de travail difficilement compatible avec le statut de cadre », JCP, E, 1997, n° 24, p. 261
- A. FAIRISE, « Les parachutes dorés dans la tourmente », Liaisons sociales magazine, décembre 2002
- F. FAVENNEC-HERY,
« Le droit et la gestion des départs », Droit Social 1992, p. 581
« Travail et Formation : une frontière qui s'estompe », Revue internationale du travail, vol. 135, 1996, p. 726
« Le forfait jours : une dérogation générale au droit de la durée du travail ? » Semaine Sociale Lamy, janvier 2003
« Mutations dans le droit de la durée du travail », Droit Social, janvier 2003
« Le temps vraiment choisi », Droit Social, mars 2000
« Modification du contrat de travail : le glissement de l'objectif vers le subjectif », RJS juin 2003

- « Restructuration : le rôle de la négociation collective », Droit Social 2004, p. 279
- « Le contrat de projet : un projet semé d'embûches », Semaine Sociale Lamy, 26 janvier 2004
- « Le droit individuel à la formation », Droit Social, septembre-octobre 2004
- « Vers l'auto réglementation du temps de travail dans l'entreprise », Droit Social, 2005, p. 794
- « La consultation des représentants du personnel sur le transfert d'entreprise », Droit Social, juillet/août 2005
- F. FILLON, « L'esprit d'une réforme », Droit Social, mai 2004
- F. FLOQUET, « Les parts de créateurs d'entreprise des super stock-options », Option Finance, n° 554, 28 juin 1999
- S. FREMEAUX, « L'excès de mission dans la responsabilité du fait de leurs préposés », Droit et Patrimoine, n° 110, décembre 2002, p. 40
- E. FORTIS, « Vie personnelle, vie professionnelle et responsabilités pénales », Droit Social, janvier 2004
- J.B. De FOUCAULD, Inspecteur Général des Finances, « Société post-industrielle et sécurité économique », in « Travail en perspectives », LGDJ, 1998, p. 581
- J.Y. FROUIN, « La protection des droits de la personne et des libertés du salarié », CSBP 1998, n° 99, p. 123

ARTICLES G H I J K

- F. GAUDU, « Du statut de l'emploi au statut de l'actif », Droit Social, juin 1995
- B. GAURIAU, « L'employeur doit répondre des agissements des personnes qui exercent, de fait ou de droit, une autorité sur les salariés. Recherche d'un fondement juridique. Cass. Soc., 10 mai 2001 », Droit Social, novembre 2001
- L. GERARD, « Validation des acquis de l'expérience : des débuts prometteurs », Entreprises et carrières, 5 mai 2003, cahier spécial
- M. GLAIS, « L'état de dépendance économique au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 », Gaz. Pal. 1989, I, doct. p. 290
- M. J. GOMEZ –MUSTEL, « Les cadres et le temps de travail », RJS, mars 2000
- J. GONIE, « Le télétravail en France : les principaux points de la recommandation du Forum des droits sur l'Internet », Droit Social, mars 2005
- S. GRANDVUILLEMIN, « Stock-options et licenciement », JCP, E, 11 avril 2002
- J. GRIMALDI D'ESDRA, « Nature et régime juridique du référendum en droit social », Droit Social, 1994, n° 4, p. 397

- P. GROS, « A propos de la notion de travail effectif », Jurisprudence Sociale Lamy, 25 février 2003
- T. GRUMBACH, « Le simple et le complexe dans le droit du travail », Droit Social, 2003, p. 48
- D. GUIRIMAND, « Le chef d'entreprise et l'obligation de responsabilité », Droit Social 1994, p. 627
- M. GUTTE, « Le risque santé mentale au travail », BS Lefebvre 4/ 2001
- M.C. HALLER, « Les absences du salarié doivent entraîner la nécessité de son remplacement définitif », Jurisprudence Sociale Lamy, 10 avril 2001
- J.C. HALLOUIN, « Le salarié, sujet de droit des sociétés », Bull. Joly, juillet 2005, p. 44
- M. HAUTEFORT,
 « Dans l'intérêt de l'entreprise, le passage aux 35 heures peut, paradoxalement, entraîner l'augmentation de l'horaire d'une catégorie », Les Echos, février 2003
 « Se vêtir à sa guise : une liberté individuelle mais pas fondamentale », Jurisprudence Sociale Lamy, n° 126, 24 juin 2003
- C. HILLIG-POUDEVIGNE et G. LOUVEL, « La notion de groupe à l'épreuve du droit social », JCP, E, 22 septembre 2005
- L. IACONO, « Commentaires sur la loi du 19 févr. 2001 sur l'épargne salariale » D. 2001. 1259
- J.C. JAVILLIER, « Le droit international du travail entre pragmatisme et créativité. Libre propos d'un juriste du travail », Revue internationale du travail, vol. 133, p. 533
- A. JEAMMAUD,
 « Le droit du travail en changement. Essai de mesure », Droit Social, mars 1998,
 « Programme pour qu'un devenir soit un avenir », Droit Social, mai 1999
 « L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », Droit Social, mars 2001
 « L'assimilation des franchisés aux salariés », Droit Social, février 2002, p. 158
- D. JOURDAN, « Protection sociale du cadre », JCP, E, 1995, n° 51-52
- J.P. KARAQUILLO,
 « Activité sportive et salariat » Droit Social, 1979, p. 22
 « Le contrat de travail du sportif ou de l'éducateur sportif rémunéré », D. 2000, n° 20, partie chronique.
- T. KATZ, « La détermination de la rémunération variable : la part de l'unilatéral, du négocié et du juge », Droit Ouvrier, avril 2005

ARTICLES L M N O

- A. LE BAYON « Cadres et agents de maîtrise », Répertoire Dalloz Droit du travail
- J. P. LABORDE, « Santé mentale et perte d'emploi », Droit Social 1991, p. 563
- G. LACHAISE, « Conditions des restrictions vestimentaires imposées par l'employeur », JCP, E, 28 novembre 2002
- P. LAGESSE,
« Discriminations, de la nécessaire vigilance des entreprises », Semaine Sociale Lamy, 3 juin 2002, n° 1078
« Ranking, réflexions juridiques », Semaine Sociale Lamy, 2 décembre 2002, n° 1100
- B. LAPEROU, « La notion de harcèlement moral dans les relations de travail », RJS 6/2000, p. 423
- M. LAUGIER, « Initiative économique et déclaration notariée d'insaisissabilité », JCP, E, 23 octobre 2003
- J.M. LAVALLART, « Où s'arrête la liberté d'expression des cadres dirigeants ? » Option Finance, 10/01/ 2000, n° 578
- C. LAZERGES, « Les mandats tacites », RTDC, 1975, 222
- P. LE COHU, « Egalité professionnelle : l'avenir négocié », La revue Barthélémy & Associés, avril 2004, n° 4
- S. LICARI, « De la nécessité d'une législation spécifique au harcèlement moral ? », Droit Social 2000, p. 492
- A. LUCAS, « Droit d'auteur, information et entreprise », Cah. Dr. Entr., janv. 1988, n° 11
- J.M. LUTTRINGER, « L'émergence d'un droit à la formation professionnelle », Liaisons Sociales, 12 déc. 1991
- G. LYON-CAEN,
« Les cadres », D. 1961, chronique XXI, p. 115 et 116
« Quand cesse-t-on d'être salarié ? », D. 1977, chronique 109
« Le salaire », Dalloz 1981, n° 1, 2^{ème} édition
« La mobilité vue d'en haut », Droit Social 1989, p. 430
« Le droit et la gestion des compétences », Droit Social 1992, p. 573
« Où mènent les mauvais chemins ? », Droit Social, juillet-août 1995, p. 647
« Considérations intempestives sur le temps », Droit Social, mars 2000
« Les fondements historiques du Droit du travail », Droit Ouvrier, février 2004
- Y. MADIOT, « Les aspects juridiques de la politique contractuelle en agriculture », Droit Social 1969, p. 367

-N. MAGGI-GERMAIN, « Travail et santé : le point de vue d'un juriste », Droit Social 2002, p.321

-D. MAINGUY,
« Premières vues sur le projet de circulaire Dutreil sur la négociation commerciale entre fournisseurs et distributeurs », JCP, E, 21 novembre 2002
« L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce », JCP, E, 28 novembre 2002

-J. MARTIN, « Les contrats d'intégration dans l'agriculture », RTDC, 1974, p. 1 et s.

-R. MARTIN, « Avocats : de collaboration en salariat », JCP, G, 18 novembre 1998

-J. MATHIEU, « Expatriation et conflits de lois », Petites affiches, 21 juin 1996

-Y. MAYAUD, « Du concept de dignité appliqué aux conditions de travail et d'hébergement », Revue Sciences Criminelles, 1998, p. 541

-D. MAYER, « L'influence du droit pénal sur l'organisation de la sécurité dans l'entreprise », D. 1998, p. 256

-A. MAZEAUD,
« Harcèlements entre salariés : apport de la loi de modernisation », Droit Social 2002, p. 321
« Modification du contrat, changement des conditions de travail et vie personnelle », Droit Social, janvier 2004
« Le sort des contrats de travail lors des transferts d'entreprise », Droit Social, juillet/août 2005

-N. MAGGI-GERMAIN, « Le stress au travail », RJS mars, 2003

-J. MEGRET, « Système contractuel et intégration en agriculture », D. 1965, chron. p. 15 et s.

-J.M. MEFFRE, « La rupture des relations commerciales établies », JCP, E, Cahiers de droit de l'entreprise, 14 décembre 2000

-M. MEUNIER-BOFFA, « Le télétravail face au droit du travail », TPS, septembre 2002

-F. MEYER, « La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ? », Droit Ouvrier, mai 2005, p. 185

-L. MILET, « Classification et qualification professionnelle des salariés », Revue pratique de Droit Social, n° 533-IX 1989

-M.MINE, « L'horaire de travail », Droit Ouvrier, octobre 2000

-C. MINET, « Présomption et preuve de la discrimination en droit du travail », JCP, E, 22 mai 2003

-A. MOLE,

« Le rapport de la CNIL sur la cybersurveillance des salariés : lutter contre les idées fausses », Gaz. Pal. 17-18 avril 2002

« Mails personnels et responsabilités : quelles frontières ? », Droit Social 2002, p. 84

-M.MORAND,

« Propos sur la modification du contrat et des conditions de travail », JCP, E, 1997, I, 643

« Salaire et temps de travail », TPS, août-septembre 1998

« Autour des conditions de travail et changement des conditions de travail », JCP, E, octobre 1999, n° 41

« Le nouveau temps de travail effectif », Petites Affiches, 19 janvier 2000, p. 45

« Rugby et droit du travail », TPS, février 2000, p. 5

« Conditions de travail : définition objective et conséquences subjectives », JCP, E, 2000, n° 48, p. 1894

« Élément essentiel du contrat de travail, élément du contrat ? », JCP, E, avril 2001

« Les clauses de stabilité contractuelle », TPS, novembre 2001

« Le droit de la durée du travail : une déréglementation anarchique », Travail et Protection Sociale, mai 2002

« L'astreinte n'est pas de tout repos ! » Semaine Sociale Lamy, juillet 2002

« Augmenter le temps de travail ? » Semaine Sociale Lamy, 28 octobre 2002

« Le contrat de travail solidaire », Droit Social, février 2003

« Pouvoir de direction et champ contractuel : nouvelles réflexions », JCP, E, mai 2003

« Dans quelle mesure le refus peut-il conduire à la faute grave ? », Semaine Sociale Lamy, 19 mai 2003

« La place de l'écrit dans la détermination du champ contractuel », Semaine Sociale Lamy, 16 juin 2003

« Temps de présence, temps d'équivalence et droit communautaire », SSL, octobre 2003

« Durée du travail : le juge s'en mêle, s'emmêle et démêle », SSL, 18 octobre 2004

« Temps de trajet-temps de déplacement : quelles qualifications ? », RJS 2004, p. 190

« Les déplacements professionnels après la loi de cohésion sociale », RJS 2005, p. 247

-M. A. MOREAU, « Brèves observations dans une perspective communautaires », Droit Social, mai 1999

-M. MOREL, « Temps de trajet et temps de travail effectif : une situation à stabiliser », SSL 2004, n° 1160

« Travail et repos : quelle articulation entre le droit communautaire et le droit national ? », Dr. Soc. 2004, p. 142

-M.L. MORIN, « Pluralisme syndical et révision des accords collectifs », Dr. Soc. 2002, p. 617

« Sous-traitance et relations salariales-aspects de droit du travail », Travail et emploi, 1994, p. 23

« Louage d'ouvrage et contrat d'entreprise », in « Le travail en perspectives », sous la direction d'A.SUPIOT, L.G.D.J., 1998

-M.A. MOREAU,

« Avocats salariés et avocats collaborateurs, réflexions autour de quelques difficultés », Rev. Jur. Ile-de-France, juill-sept. 1994
« A propos des changements apportés par l'employeur aux conditions de travail », JCP, E, 1997, I, 705
« Brèves observations dans une perspective communautaire », Droit Social, mai 1999
« Temps de travail et charge de travail », Droit Social, mars 2000
« Le contrat de travail face à la loi relative à la réduction du temps de travail », RJS, avril 2000

-P. MORVAN, « Responsabilité pénale et droit social avant et après la loi du 10 juillet 2000 », RJS, avril 2001, p. 283

-J. MOULY,
« Une remise en cause indirecte de la jurisprudence Hôtel Le Berry : l'utilisation des clauses de mobilité à titre disciplinaire », Droit Social, novembre 2002
« La responsabilité pénale des personnes morales et le droit du travail », Petites Affiches, n° 120, 6 octobre 1993
« Sur le recours au contrat de travail à durée déterminée dans le sport professionnel. Le droit commun du travail a-t-il encore un avenir dans le domaine du sport ? », Dr. Soc. 2000, p. 507

-J. M. MOUSSERON,
« Nouvelles technologies et création des salariés », Droit des sociétés, juin 1992, p. 563

-P. MOUSSY, « Un pas en avant, deux pas en arrière », Droit Ouvrier, janvier 1999

-P. MOYERSON, « Le concept d'image collective » et P. DIALLO, « Droit d'image collective et rémunération des joueurs de football », in « Financement du sport professionnel », Droit et Patrimoine, n° 139, juillet/août 2005

-J. DE MUNCK, « Les trois crises du droit du travail », Droit Social, mai 1999

-M.A. MOREAU, « Temps de travail et charge de travail », Dr. Soc., mars 2000

-S. NIEL, « Les clauses d'objectifs vont-elles disparaître ? », Jurisprudence Sociale Lamy, 24 avril 2001

-N. OLSZACK, « L'usine au XIX^{ème} siècle », SSL, 20 octobre 2003

ARTICLES P Q R S

-J. PAILLUSSEAU,
« Le droit est aussi une science d'organisation », Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1989, p. 1 à 57
« Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^{ème} siècle », D. 2003, Cahiers. Droit Des Affaires., p. 258
« Entreprise, société, actionnaires, salaires, quels rapports ? », Recueil Dalloz 1999, 15^{ème} cahiers et chroniques

- F. PANSIER, « Liberté d'expression des cadres supérieurs », Cahiers sociaux de Paris, 1^{er} septembre 2003
- S. PIEDELIEVRE, « L'insaisissabilité de la résidence principale de l'entrepreneur individuel », JCP, G, 2003
- J. PELISSIER, « Droit du travail », D. 1992, p. 83
- J. PERTEK, « Ingénieurs, cadres et conseil de prud'hommes », Droit Social, 1987, p. 717
- PERU-GIROTTE, « Mutations technologiques et contrat de travail », Droit Ouvrier, janvier 1996
- F. PETIT, « Sur les clauses de garantie d'emploi », Droit Social, 2000, p. 80
- M. PIERCHON, « La liberté de se vêtir au travail sans dessus dessous », Jurisprudence Sociale Lamy, n° 102, 30 mai 2002
- P. PIGASSOU, « L'évolution du lien de subordination en droit du travail et de la sécurité sociale », Dr. Soc. 1982, p. 578
- S. PLANTIN, « L'attribution d'actions gratuites. Une alternative séduisante aux plans de stock-options », JCP, E, 31 mars 2005, p. 560
- B. PLATEL, T. VIALA, « Le fabuleux destin du concept de harcèlement moral », JCP, E, 2002, I, 762
- T. PRIESTLEY, « A propos du contrat d'activité proposé par le rapport Boissonat », Droit Social, 1995, p. 955
- P. QUETANT, « Contrepartie pécuniaire de la clause de non concurrence, revirement et rétroactivité, les prud'hommes font de la résistance », JSL, n° 132, 21 oct. 2003
- C. RADE,
 - « Les limites du tout contractuel », Droit Social, septembre 2000
 - « L'appréciation de la notion de disposition plus favorable », Droit Social 2000, p. 381
 - « Nouvelles technologies de l'information et de la communication et nouvelles formes de subordination », Droit Social, janvier 2002
 - « Le juge, arbitre des différends salariaux », Droit Social, novembre 2004
- C. RAMAUX, « L'instabilité de l'emploi est-elle une fatalité », Droit Social, janvier 2000
- J.E. RAY,
 - « Fidélité et exécution du contrat de travail », Droit Social, 1991, p. 376
 - « Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination », Droit Social, juin 1992
 - « Une loi macédonienne. Etude critique du titre V de la loi du 31 décembre 1992 », Droit Social 1993, p. 103
 - « De germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère de contrat de travail », Droit Social, 1995, p. 634

« A propos de la subsidiarité horizontale », Droit Social, mai 1999
 « Aubry II-Les grandes manœuvres », Droit Social 1999, p. 1018
 « De temps en temps », Droit Social, mars 2000
 « De la sub/ordination à la sub/organisation », Droit Social, janvier 2002
 « Responsabilité civile et pénale du cadre : les baïonnettes intelligentes », Liaisons Sociales magazine, mars 2002
 « Temps de travail des cadres : acte IV, scène 2 », Droit Social, mars 2001
 « De lege non ferenda... », Droit Social 2002, p. 237
 « Temps professionnel et temps personnel », Droit Social, janvier 2004
 « Vies professionnelles et vies personnelles », Droit Social, janvier 2004
 « Les curieux accords dits « majoritaires » de la loi du 4 mai 2004, Droit Social, juin 2004
 « Le correspondant aux données personnelles », Semaine Sociale Lamy, 27 septembre 2004
 « Géolocalisation, données personnelles et droit du travail », Droit Social, décembre 2004

-T. REVET,

« L'objet du contrat de travail », Droit Social, 1992, p. 859
 « Les apports au droit des relations de dépendance », RTD. Com., janvier-mars 1997, p. 37

-J. RICHARD, « Options de souscription ou d'achat d'actions au bénéfice du personnel salarié », JCP 1971, E, I, 2439

-G. RIPERT, « Ebauche d'un droit civil professionnel », Etudes CAPITANT, 1939, p. 677

-F. RIQUOIR, « Le portage salarial », Semaine Sociale Lamy, 20 novembre 2000, n° 1004

-M. ROGER,

« Les effets de la délinquance du salarié sur son contrat de travail », Droit Social, 1980, p. 175
 « Le licenciement pour perte de confiance », Droit Social, 1992, p. 32

-B. ROMAN, « Les Golden Hellos : nouvel eldorado des dirigeants », JCP, E, juin 2004

-S. ROQUIE, « Requalification d'un contrat de promotion en contrat d'agent commercial : la fraude à la loi sanctionnée. A propos de l'arrêt Cass. com., 7 juill. 2004 », JCP, E, 26 mai 2005

-P. ROUX, « Les plans d'achat et de souscription d'actions réservés aux salariés et les sociétés étrangères », JCP 1993, E, I, 242

-C. ROY-LOUSTAUNAU, « Deux nouveaux venus contestables dans le maelström des contrats spéciaux : le contrat de mission à l'exportation et le contrat d'avenir », Droit Social, avril 2005

-R. SALAIS, « Liberté du travail et capacités : une perspective pour la construction européenne », Droit Social, mai 1999

-A. SAURET,

« Les conventions de forfait », Dr. Trav. 1993, n° 8-9, p. 6
« Intéressement des salariés à l'entreprise », JCP, E, 1987, I, 16496

-J. SAVATIER,

« Interdiction de substituer un intéressement à un élément de salaire », Droit Social 1991, p. 756

« Le licenciement d'un salarié en raison de son état de santé », RJS, juin 1998, p. 707

« Le droit aux indemnités de licenciement en cas de rupture du contrat provoquée par l'état de santé du travailleur », Droit Social, 1999, p. 109

-G. SCHMID, « Le plein emploi est-il encore possible ? Les marchés du travail transitoires en tant que nouvelles stratégies dans les politiques de l'emploi », Revue Travail et Emploi, n° 65, p. 5

-J. SCHMIDT, « La nouvelle loi sur la propriété industrielle », ALD 1991, p. 29

-L. SEGURRA-LIORENS, « A propos de la notion de travail effectif », Jurisprudence Sociale Lamy, 25 février 2003

-A. DE SENG, « Libres propos concernant l'usage de la messagerie électronique professionnelle par les salariés », Droit ouvrier 2001, p. 65

-Y. SERRA,

« Tsunami sur la clause de non-concurrence en droit du travail », D. 2002, Juris., p. 2491

-S. SIMITIS, « Le droit du travail a-t-il encore un avenir ? », Dr. Soc., juillet/ août 1997

-M. SIMONNEAU, « Les cadres dans l'entreprise », Liaisons sociales, n° spécial, décembre 2002

-F. SUBRA, « L'image des sportifs de haut niveau : pour une nouvelle approche fiscale », JCP, E, n° 12, 24 mars 2005

-G. SPYROPOULOS,

« Le droit du travail à la recherche d'un nouvel équilibre entre le social et l'économique ; réflexions en marge d'un congrès », Droit Social, 1992, n° 3, p. 259

« Les relations professionnelles dans le tourbillon de la mondialisation », Droit Social mars 1999

« Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs », Droit Social, avril 2002

-A. SUPLOT,

« Pourquoi un droit du travail ? », Droit Social, 1990, p. 485

« Le travail, liberté partagée », Droit Social, 1993, p. 715

« Temps de travail : pour une concordance des temps », Droit Social, décembre 1995

« Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe, Conclusions du rapport », Droit Social, 1999, p. 431

A. SUPLOT et P. DAVIES, "Lavoro subordinato e lavoro, autonomo", in DRI, 2000, p. 210

« Les nouveaux visages de la subordination », Droit Social, mars 2000

« Les juridictions du travail », n° 389 et n° 441, Traité de G. H. CAMERLYNCK, tome 9

« Lectures étrangères sur le devenir du droit social », novembre 2005

ARTICLES T U V W X Y Z

-P. TAQUET, « Détachement, expatriation », Semaine Sociale Lamy 1993, supplément n° 651

-E. TEVENIN, « La CNIS et les inventions de mission », RDPI, oct. 1986

-A. TEYSSIE, « Le droit de la durée du travail des cadres au forfait jours », JCP E, 2002, 1684

-B. TEYSSIE,
Participation et intéressement », Journées de législations Comparée, 1983, vol. 5, p. 103
« Sur le fragment de la loi du 11 février 1994 », Droit Social, 1994, p. 667
« Les cadres : généralités, existence du cadre et identification du cadre », JCP, E, 1995, n° 51-52
« Epilogue : sur l'entreprise, le salaire et la norme », Droit Social, juin 1997, p. 606
« Le droit du travail, droit progressiste ? », Droit du travail, 1998, n° 162
« Sur le détachement de salariés dans la communauté européenne », Travail et Protection Sociale, janvier 2002
« Sur les transferts d'entreprise en droit social », Droit Social, juillet/août 2005
« Délocalisation d'entreprise et relations collectives de travail », Droit Social, juillet/août 2005

-P. THEVENIN, « Le régime des clauses de garantie d'emploi (application aux cadres supérieurs et aux dirigeants salariés) », JCP, E, 16 décembre 1999

-B. TRENTIN, « Un nouveau contrat de travail », Droit Social, mai 1999

- T. TREU, " Il diritto del lavoro : realta e possibilita", in ADL, 2000, p. 467

-A. TUNE, « Ebauche d'un droit des contrats professionnels », Mélanges RIPERT, T. II, Le droit privé au milieu du XX^{ème} siècle, p. 137

-G. VACHET, « Le trajet au regard du droit social », JSL, 2004, n° 146-1

-J.C. VALETTE, « Le harcèlement moral au travail. L'action collective pour la santé mentale », Droit Ouvrier 2000, p. 217

-R. VATINET,
« Les conditions de validité des clauses de non-concurrence : l'imbroglia : Cass. Soc. 10 juillet 2002 », Droit Social, novembre 2002
« Les dangers d'une telle dérive sont illustrés par l'arrêt de la chambre sociale du 15 janvier 2002 », Droit Social juillet/août 2002, p. 690
« Quelques incertitudes du régime juridique des stock-options », Droit Social, juillet/août 2002

-J.M. VERDIER, « Sur la protection spécifique des droits fondamentaux en droit du travail », Droit Social, décembre 2001

-P.Y. VERKINDT,

“La maladie du salarié et la poursuite de la relation de travail”, TPS 1998, chronique 15-25

« L’incidence des transferts sur les instances de représentation du personnel », Droit Social, juillet/août 2005

-M. VERICEL,

« Des incidences en droit social de la loi Madelin sur la qualification de salarié », Act. Legis, D. 1995, 54

« L’employeur dispose-t-il d’un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ? », Droit Social, décembre 2000

« Le rétablissement de la présomption de non-salariat », Droit Social, mars 2004

-T. VIALA, « Le forfait réduit en jours des cadres », Travail et Protection sociale », juillet 2001

-G. VIRASSAMY, « La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 », JCP, E, II, 15809

-S. VULLIET-TAVERNIER, « Après la loi du 6 août 2004 : nouvelle loi informatique et libertés, nouvelle CNIL ? », Droit Social, décembre 2004, p. 1055

-E. WAGNER, “La rémunération de la collaboration professionnelle du conjoint”, D. 1985, chron. P. 1, n° 15

-P. WAQUET,

« La modification du contrat de travail et le changement des conditions de travail », RJS décembre 1996, p. 791

« Le renouveau du contrat de travail », RJS mai 1999, p. 389

« Tableau sur la jurisprudence sur le contrôle de la modification du contrat de travail », Droit Social 1999, p. 566

« Le temps de repos », Droit Social, mars 2000

« Les libertés dans l’entreprise », RJS mai 2000, p. 335

« Le pouvoir de direction et les libertés des salariés », Droit Social, décembre 2000

« Le temps de repos », Droit Social, mars 2000

« Les objectifs », Droit Social, février 2001

« Ranking, réflexions juridiques », Semaine Sociale Lamy, 2 décembre 2002, n° 1100

« Le bermuda ou l’emploi », Droit Social, Septembre/octobre 2003, p ; 808

-F. ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », RTD civ. 1993, 305

COMMENTAIRES DE DECISIONS DE JUSTICE

-P.H. ANTONMATTEI,

Cass. Soc., 26 mai 2004, Dr. Soc. septembre/octobre 2004, « Accords de réduction du temps de travail : l'arrêt Michelin »

-D. ASQUINAZI-BAILLEUX, Cass. Soc., 28 janvier 1998, JSL 1998, n° 15

-J. BARTHELEMY,

Cass. Soc., 13 novembre 1996, « Salarié : une définition unique en droit du travail et en droit de la sécurité sociale », JCP, E, 1997, p. 911

Cass. Soc., 8 mars 2000, p. 548, Dr. Soc. 2000, p. 1064

Cass. Soc., 19 mars 2003, Dr. Soc. Juillet/ août 2003, p. 766

-M. BEHAR-TOUCHAIX, Cass. Ass. Plénière, 26 janvier 2001, JCP, E, 2001, II, 617

-P. BONFILS, Cass. Soc. 12 mars 1991, Bull. civ. V, n° 122

-P. BRUN, Ass. Plén. 25 février 2000, D. 2000, p. 673

-J. CALAIS-AULOIS, Cass., Ass. Plén., 13 décembre 1962, Dalloz, 1963, 277

-J. J. CAUSSIN, Cass. Soc., 15 janvier 2002, Bull. civ. V, n° 12

-D. CORRIGNAN-CARSIN,

Cass. Soc., 7 oct. 1992, JCP 1993, II, 22148

Cass. Soc., 10 juillet 2002, JCP, E, 2002, 1511

-G. COUTURIER,

Cass. Soc., 28 avril 1988, Droit Social 1988, p. 428

Cass. Soc., 28 octobre 1997, Droit Social 1998, p. 77

-A. DE SENG, “Les faux travailleurs indépendants face aux droits du travail et de la protection sociale”, Droit Ouvrier, juin 2001, p. 241

-J. J. DUPEYROUX,

Cass. Soc., 13 nov. 1996, Dr. Soc. 1996, p. 1067

-J. DUPLAT, Cass. Soc. 22 janvier 2003 « Mission temporaire en dehors du secteur géographique », SSL, 27 janvier 2003

-F. FAVENNEC-HERY, Cass. Soc., 9 juillet 2003, Droit Social, septembre 2003

-J.C. GALLOUX, Cass. Soc., 21 nov. 2000, JCP, G, 2001, II, n° 10463

-GAURIAU, Cass. Soc., 3 avril 2001, D. 2001, Droit Social, 2001, p. 675

-P.Y. GAUTHIER, Cass. Soc., 2 oct. 2001, D. 2001. 3148

-J.C. HALLOUIN, Cass. Com., 2 juillet 2002, D., 2002, n° 38

-A. JEAMMAUD,

Cass. Soc., 18 déc. 1975 : D. 1976, p. 399

Cass. Soc., 28 avril 1988, Droit Ouvrier 1988, p. 249

L'avenir sauvegardé de la qualification de contrat de travail. A propos de l'arrêt Labbane », Dr. Soc., mars 2001

-JOURDAIN, Cass. crim., 5 mars 1992, Bull. crim., n° 101, RTD civ. 1993, 137

- J. P. KARAQUILLO, Cass. Soc., 14 juin 1979 : D. 1980, p. 96

-L. LE BERRE, F. CHAUTARD, "Les définitions du lieu de travail. A propos des arrêts du 3 juin 2003 », JCP, E, 4 septembre 2003

-A. LYON-CAEN,

Cass. Soc., 29 oct. 1996, Bull. Civ. V, n° 359 "Arrêt Ponsolle, de l'égalité de traitement en matière salariale", Droit social, 1996, 1013

Cass. Soc., 25 février 1992, Droit Social, p. 379

Cass. Soc., 2 oct. 2001, « Débat autour de l'arrêt Nikon France », Sem. Soc. Lamy, 15 octobre 2001

-J. MOULY, Cass. Soc., 15 déc. 1998, Bull. Civ. V, n° 551 ; Cass. Soc. 4 juillet 2000, Dr. Soc. sept-oct. 2000

Cass. Soc., 4 janvier 2000, Mme Henri C/ Sté Coulet et fils, Bull. civ. V, n° 4 ; Dr. Soc. 2000, p. 550, obs. J. MOULY

-H. PESCHAUD, Cass. Soc., 5 novembre 2003, Droit Ouvrier, février 2004

-C. RADE, Cass. Soc., 28 septembre 2004, Droit Social, décembre 2004

-J. E. RAY, « Courrier privé et courrier personnel, Cass. Soc., 2 octobre 2001, Nikon », Droit Social, novembre 2001

-J. REINHARD, Cass. Crim., 26 mai 1994, D. 1995. 110

-V. RENAUX-PERSONNIC, Cass. Soc., 22 mai 2001, JCP, G, 2002, II, 10666

-H. ROBERT, Cass. Crim., 17 juin 2003, JCP, E, 15 janvier 2004

-F. SARAMITO, observations sur le « code de conduite Novartis », Tribunal de Grande Instance de Nanterre, 6 octobre 2004, *Comité d'établissement Novartis Pharma et Fédération FO contre Sté Novartis Pharma*, Droit Ouvrier, mai 2005

-J. SAVATIER,

Cass. Soc., 8 juill. 1960 « ROSTOLLAN », n° 59-40. 484, Bull. civ. IV, n° 766, p. 593 ; Droit Social, 1960, p. 554,

Cass. Soc., 31 mai 1965, Droit Social, 1965, p. 512

Cass. Soc., 17 avril 1991, RJS 1991/5

Cass. Soc., 22 janvier 1992, Droit Social, 1992, p. 329
Cass. Soc., 4 février 1997, Droit Social, 1997, p. 413
Cass. Soc., 29 janvier 2002, Droit Social, 2002, p. 499
Cass. Soc., 26 février 2003, Droit Social, 2003, p. 630

-Y. SAINT-JOURS

Cass. Soc., 18 novembre 1981, D. 1983, p. 242
Cass. Soc., 8 octobre 1987, D. 1988, p.57

-E. SCHAEFFER

Cass. Soc., 13 janv. 1972, Bull. Civ. V, n° 28 ; D. 1972. 425,

-H. SEILLAN, Cass. Crim., 8 février 1983, Bull. Crim., n° 48, D. 1983

-Y. SERRRA, Cass. Soc., 14 mai 1992, Bull. civ. V, n° 309 ; D. 1992, p. 350

-B. TEYSSIE,

Cass. Soc., 6 juin 1984, JCP, E 1985, I, 14472, n° 9
Cass. Soc., 28 avril 1988, JCP 1988, E, II, 15270, n° 6, p. 581

-J.E. TOURREIL, Cass. Soc., 26 mai 2004, Jurisprudence Sociale Lamy, 29 juin 2004

-A. VIANDIER,

Cass. Com., 4 oct. 1988, Revue des sociétés 1989, p. 213
Cass. Soc., 15 janvier 2002, Bull. civ. V, n° 12

-R. VATINET, Cass. Soc., 15 janvier 2002, Droit Social, février 2002

-J. M. VERDIER,

Cass. Soc., 10 juillet 2001, Droit Social, décembre 2001, p. 1035
Cass. Soc., 26 mai 2004, Droit Social, septembre-Octobre 2004

-P. Y. VERKINDT,

Cass. Soc., 10 juillet 2002, TPS, octobre 2002
Cass. Soc., 4 juin 1998, RJS 7/ 1998, n° 845, commentaire n° 275

-E. WAGNER, Cass. Soc., 28 avril 1988, D. 1988, p. 437

-P. WAQUET, Cass. Soc., 29 mai 2002, D. 2002, p. 2284

CONVENTIONS COLLECTIVES- ACCORDS- CHARTES- CODES DE CONDUITE

Conventions collectives :

- Convention collective de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947
- Convention collective des ingénieurs et cadres de la métallurgie du 13 mars 1972
- Convention collective des ingénieurs et cadres du bâtiment et des travaux publics
- Convention collective de l'habillement
- Convention collective des Industries charcutières
- Convention collective nationale des services de l'automobile
- Convention collective du Champagne
- Convention collective nationale italienne de 1979 applicable à la métallurgie
- Convention collective nationale de la transformation des papiers et cartons industries annexes
- Convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique
- Convention collective Syntec du 6 décembre 2001, étendue par arrêté du 19 avril 2002

Accords :

- Accord National Interprofessionnel du 25 avril 1983 relatif au personnel d'encadrement
- Accord du 16 avril 1996, signé entre F.N.S.A.G.A. et F.F.S.A, sur les agents d'assurance
- Accord CAP du 18 octobre 1998
- Accords de charcuterie industrie du 18 novembre 1999, alimentation, habillement
- Accords Parcs de loisirs, Crédit Agricole, laboratoires d'analyses médicales du 11 novembre 1999
- Accord Prisma Presse du 8 mars 2001 concernant l'usage personnel et familial d'ordinateurs (passé avec deux salariés mandatés par le comité d'entreprise)
- Accord imprimeries de labeur et industries graphiques
- Accord sur la restauration rapide
- Accord ARTT du Crédit Lyonnais
- Accord MFPM, « Manufacture Française des pneus Michelin », 19 décembre 2000
- Accord collectif d'entreprise UES ITG, 26avril 2004

Chartes :

- Charte Renault du 1^{er} juillet 2001 « charte du bon usage des ressources informatiques, électroniques et numériques »
- Charte de déontologie d'entreprise de Kohler Co des établissements de Kohler France, « Corporate Ethics & Business Conduct » signée par chaque salarié en 2003
- Charte Sociale Européenne du 3 mai 1996, publiée au D. n° 2000-110, 4 février 2000, JO 12 février 2000, p ; 2230

- Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs », Strasbourg, 9 décembre 1989
- Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, JO des Communautés Européennes du 18/ 12/ 2000

Codes de conduite :

- ACCOR
- MOTOROLA
- NESTLE
- SHELL
- SIEMENS

LOIS

- Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur la réforme des sociétés commerciales
- Loi n° 681 du 23 décembre 1975 relative au milieu du travail
- Loi n° 78-5 du 2 janvier 1978
- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés »
- Loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 sur les institutions représentatives du personnel
- Loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 sur la négociation annuelle obligatoire
- Loi n° 87-550 du 16 juillet 1987
- Loi n° 90-1052 du 26 novembre 1990
- Loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 et circulaire DRT n° 93-10 du 15 mars 1993 relative à l'application des dispositions relatives aux libertés individuelles.
- Loi n° 94-126 du 11 février 1994
- Loi n° 94-640 du 25 juillet 1994
- Loi n° 98-461 du 13 juin 1998, Loi Aubry I
- Loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000, Loi Aubry II
- Loi n° 2001-152 du 19 février 2001
- Loi n° 2001-1066 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre hommes et femmes
- Loi n° 2001- 420 du 15 mai 2001, nouvelles régulations économiques
- Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001
- Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002, modernisation sociale
- Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002
- Loi n° 2003-47 du 17 janvier 2003
- Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003
- Loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle et au dialogue social , voir numéro spécial des Petites affiches réalisé avec le concours du cabinet Barthélémy et Associés, 14 mai 2004, n° 97
- Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 « relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle », JO n° 159 du 10 juillet 2004, p. 12483
- Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 « relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel »
- Loi n° 2004-1366 du 15 décembre 2004
- Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005
- Loi n° 2005- 882 du 2 août 2005, en faveur des PME

MAGAZINES-JOURNAUX-ARTICLES DE PRESSE

Liaisons Sociales :

- P.H. ANTONMATTEI, « Les clauses du contrat sous haute surveillance judiciaire », Liaisons sociales, novembre 2000, p. 74
- B. LAPEROU-SCHNEIDER, J. GRANGE et P. RAVISY, « Faut-il légiférer sur le harcèlement moral ? », Liaisons sociales, Mars 2001, n° 20, p ; 12
- J. E. RAY, « Licenciement de cadre », Liaisons sociales, janvier 2002
- « Le lobbying du patronat », Liaisons sociales, avril 2002
- A.FAIRISE, « Les parachutes dorés dans la tourmente », Liaisons sociales, décembre 2002
- F.REY et A.FAIRISE, « Salariés, vous n'avez plus droit à l'erreur », Liaisons Sociales, janvier 2003
- S. BECHAUX, F. REY, « La psymania gagne les entreprises », Liaisons Sociales, janvier 2003
- « Dénonciation et renégociation des accords 35 heures », Liaisons Sociales, juillet 2003
- F. REY, « L'inquiétant bric-à-brac du harcèlement moral », Liaisons sociales, octobre 2003
- « L'apport de droit de la durée du travail au régime des cadres », Liaisons Sociales, octobre 2003
- J. E. RAY, « L'irruption des TIC dans le code du travail », Liaisons Sociales, mars 2004
- I. MOREAU, « Sept familles de cadres en rupture de ban », Liaisons Sociales, magazine, octobre 2004
- V. DEVILLECHABROLLE, « Cadres/Direction, le fossé se creuse », Liaisons Sociales, octobre 2004
- M. N. TERRISSE, « C'est la fin des Co. Co. Co les faux indépendants de l'économie italienne » Liaisons Sociales, octobre 2004
- Interview avec A. ALLEGRET, « De nombreux cadres se réfugient dans un choix de soumission stratégique », Liaisons Sociales, octobre 2004

Liaisons Sociales Europe :

- « Quelle régulation sociale pour l'Europe élargie ? », Liaisons Sociales Europe, Les synthèses, septembre 2004
- « L'Europe sociale, vue par la Commission, pour les cinq prochaines années », Liaisons Sociales Europe, mars 2005

Le tribune :

- J. BARTHELEMY, « Créer un droit de l'activité professionnelle », La Tribune, 17 janvier 2005
- P. WAQUET, « Mieux définir les éléments clés de la relation salariale », La Tribune, 17 janvier 2005

Travail et emploi :

- « L'identité professionnelle des cadres en question », Travail et Emploi, n° 99, juillet 2004

Les Enjeux :

- « L'heure des comptes et le temps des questions », Les Enjeux, janvier 2002
- « Les français travaillent-ils assez ? », Les Enjeux, mai 2002
- J. TRENTESAUX, M.P. VIRARD, « Rémunérations : le grand retour du mérite », Les Enjeux, janvier 2002

Courrier Cadres :

- « Salaires des cadres » L'Express 5/9/2002 et 12/9/2002, Courrier Cadres, spécial salaires, juin 2002
- Courrier Cadres, janvier 2003
- H. LANDIER, « Stress et violence au travail », Courrier cadres, n° 1508

L'Express :

- « Les trentenaires, génération sandwich », L'Express, 19 / 06 / 2003
- « Cadres, à temps très partiel », L'Express, 14 novembre 2002
- J. TRENTESAUX « Départ, licenciement, jamais sans mon chèque », l'Express, 3 juillet 2003
- H.CONSTANTY, « Travail et famille, les hommes ont le baby-blues », l'Express, 26 juin 2003
- « Gourous, zen, astrologie : les cadres deviennent-ils fous ? », L'Express, 10 février 1999
- J. JOLY, « 35 heures, qui veut encore travailler ? », L'Express, janvier 2002
- A. VIDALIE, « La course contre la montre », L'Express, février 2002
- P. Y. LAUTROU, « Mon chef est une femme...et alors », L'Express, 25 avril 2002
- A. VIDALIE, « Cadres et syndicats, je t'aime, moi non plus », L'Express, 2 mai 2002
- A. VIDALIE et P. FALGA, « Les villes préférées des cadres », L'Express, 17 octobre 2002
- « Salaires des cadres 2003, hommes-femmes : à quand l'égalité ? », L'Express, 4 septembre 2003
- A. BOUILLIN, « Ethique, les cadres se rebiffent », L'express, mars 2004
- H. CONSTANTY, « Femmes et carrières : la course d'obstacles », L'Express 31 mai 2004
- J. JOLY, « Combien d'heures, patron ? », L'Express, 12 juillet 2004

Le Monde :

- J. BARROT, « Travailler moins, mieux, plus nombreux », Le Monde, juillet 1996
- A. LEBAUDE, « La parasubordination », un nouveau concept , Le Monde, 9 février 1999
- F.Le MAITRE et A.SUPIOT, « Le droit du travail doit être de toutes les formes de travail », Le Monde, 9 février 1999
- « Stock-options », Le Monde du 6, 7, 10, 15 juillet 1999, 20, 21 et 22 octobre 1999
- F. HOLLANDE, « Pour une extension des stock-options à l'ensemble du personnel », Le Monde, 7 octobre 1999
- « Les partenaires sociaux s'affrontent sur la réforme du contrat de travail », Le Monde, 11 avril 2000, p. 6
- « Le contrat de projet du Medef relance le débat sur le travail précaire », Le Monde, 23 mai 2000

- « Les cadres jugent sévèrement leurs patrons », Le Monde, Entreprise, 4 novembre 2003, p. 8,
- M. PEREBEAU, « Et si on travaillait tout simplement », Le Monde, dossiers et documents, février 2004, p. 5
- S. ZAPPI, « Un projet de loi dessine les contours de la Haute Autorité contre les discriminations », Le Monde 5 juin 2004
- C. ROLLOT,
- « Un bon dirigeant est un cadre cultivé », Le Monde, 8 juin 2004
- « Les cadres ne s'expatrient plus, ils deviennent mobiles », Le Monde, 16 juin 2004
- Les timides premiers pas du contrat nouvelles embauches », Le Monde, 13 août 2005

Entreprises et carrières :

- A. BARIET, S. FRANCHET, « Temps de travail des cadres : le forfait jours est mis sur la sellette », Entreprises et carrières, 25 février 2002
- G. LE NAGARD, « Expatriation, le casse-tête des retours », Entreprises et carrières, 17 juin 2002
- S. FRANCHET, « Discrimination syndicale : Renault rattrape la carrière de ses mandatés », Entreprises et carrières, 17 juin 2002
- B. DENKIEWICZ, « Le droit du travail ne tient pas suffisamment compte de l'autonomie des salariés », Entreprise et carrières, janvier 2003, p.19
- C. LACOURCELLE, « Délégation de pouvoirs, DRH, attention au risque pénal », Entreprises et carrière, n° 664, 14 avril 2003
- A. BARIET, C. LACOURCELLE, « Des expatriés sous haute surveillance », Entreprises et carrières, 14 avril 2003
- S. FRANCHET, « Chartes sociales, une réponse pas toujours efficace », Entreprise et carrières, avril 2003
- Enquête réalisée par la CFDT, « Les cadres, une catégorie en pleine évolution », Entreprises et carrières, 31 mai 2004

Les Echos :

- « Huit cadres sur dix bénéficient des 35 heures », Les Echos, avril 2002
- L. DE COMARMOND, « Les entreprises auront plus de liberté pour gérer le temps de travail des cadres », Les Echos, septembre 2002
- M. HAUTEFORT, « Temps de travail dissimulé : péché véniel ou mortel », Les Echos, novembre 2002
- P. ASKENAZY, « Assouplissement des 35 heures : un piège pour les PME ? », Les Echos, janvier 2003
- « L'individualisation des salaires continue à gagner du terrain », Les Echos, 26 décembre 2003

Le Nouvel Observateur :

- M. MULLER, « Le grand flip des cadres », Le Nouvel Observateur, 10 mai 2004
- N. RAULINE, « Le chantage à l'emploi chez Bosch », Le Nouvel Observateur, juillet-août 2004

CJD :

« L'autonomie, une valeur qui monte », « la parasubordination impose une nouvelle sécurité internationale : une affaire de culture », Revue 38, mars 1999 ;
« Les groupements d'employeurs : une innovation pour créer des emplois et développer les PME », juin 2004

L'Expansion :

-« Une année de polémique à la française », L'Expansion du 14 septembre 2000, n° 628

Valeurs actuelles :

-P. DOUSTE-BLAZY, « Le partage du capital est une nécessité », Valeurs actuelles, 25 septembre 1999

Revue française de gestion :

-T. JEAN, « Lobbying communautaire : stratégies et modèles », Revue française de gestion, été 1992

Le journal du management :

-« Le moral des cadres résiste », Le journal du management, avril 2004

Actualités sociales hebdomadaires :

-« Des mesures pour favoriser la place des femmes sur le marché de l'emploi », Actualités sociales Hebdomadaires, 4 juin 2004

RECHERCHES INTERNET

- M.N. AUBERGER « Qu'est ce donc qu'un professionnel autonome ? » cadres, CFDT 2001
- J.BARTHELEMY, « Statut de l'indépendant en solo et systèmes visant à sa protection », cadres CFDT, avril 2001
- H. BOUCHET « La cybersurveillance des salariés dans l'entreprise » mars 2001
- P.BOUFFARTIGUE et J.BOUTEILLER « Le temps de travail des cadres et sa réduction », juin 1999
- P. BOUFFARTIGUE« Temps de travail : un défi pour les cadres », 1998
- F.BRUNET « Les travailleurs indépendants », rapport de recherche bibliographique mars 2002
- P.CABIN, « Les nouvelles frontières du droit », Sciences Humaines n°115, avril 2001
- S.CHAPON, « Conférence internationale de recherche en sécurité Sociale, an 2000 », « De l'instabilité de l'emploi à de nouvelles garanties sociales »
- S.DEAKIN, « L'évolution de la relation d'emploi », OIT 2002
- A.C. DUBERNET, « Qu'est-ce qu'un professionnel autonome, le point de vue du sociologue », cadres CFDT, avril 2001
- J.Le GOFF, « Transformations du cadre institutionnel des relations de travail » 2002
- M . HABRANDT, « le portage , prud'hommes Isère . quel avenir pour le portage salarial ? »
- G.LYON-CAEN, J-E RAY, P.WAQUET « Relations de travail et Internet » : rapport final 17 septembre 2002
- S. LEONARDI, « Télétravail et droits de base »
- B. SAINCY, « Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social », mars 2000, synthèse disponible. www.cgt.fr
- G.SPYROPOULOS, « Le droit du travail à la recherche de nouveaux objectifs » 2002
- A.SUPIOT,
« Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe : rapport final juin 1998 »
« Premier rapport annuel d'activité du Conseil National du développement des sciences humaines et sociales », juin 1999

« Revisiter les droits d'action collective » : 2002

-P.VANLERRENBEGHE, « Cohésion sociale et nouveau régime de travail », septembre 2001

Autres :

-« En l'état actuel du droit, mieux vaut être salarié » 22 février 1999, Libération

-Les ingénieurs, cadres et techniciens de la CGT « Mesurer le temps de travail des Cadres », septembre 2000

-Ministère de l'Economie, des finances et de l'Industrie, janvier 2000 « Rapport au premier ministre sur l'épargne salariale »

-« Evolution de la protection sociale et individualisation des droits » Congrès 2000

-La cybergazette, le journal des Freelances, 25 mars 2002 et 8 avril 2002

-« Le portage salarial, nouvelle forme de précarité ou nouvelle façon de travailler ? » CGT, 2 décembre 2002

-« La situation des travailleurs atypiques en droit international et en droit européen » : janvier 2003, travail.gouv.fr

REFERENCES ITALIENNES ET ALLEMANDES

Italiennes :

- F. SANTORO PASSARELLI *Il lavoro parasubordinato*, F. ANGELI, 1979

- V. BALLESTRERO, *L'ambigua mozione di parasubordinazione*, in *Lavoro e Diritto*, 1989

- M. PEDRAZZOLI, « Prestazione d'opera e parasubordinazione », in « *Rivista italiana di diritto del lavoro* », n.1/ 1984

- E. KEMPEN, R. KRETZSCHMAR, 'I problemi e le difficoltà di organizzare sindacalmente I lavoratori semiautonomi' in *Germania, LD*, 1999, 593 ss.

- L. MENGONI, « La questione della subordinazione in due trattazioni recenti » *Rivista italiana di diritto del lavoro* 1986/1

- T. TREU, "Il diritto del lavoro : realtà e possibilità", in *ADL*, 2000, p. 467

- A. SUPIOT et P. DAVIES, "Lavoro subordinato e lavoro, autonomo", in *DRI*, 2000, p. 210

- R. WANK, « Tipi contrattuali con prestazioni di servizi nella RFT », in *LD*, 1997, p. 217

Allemandes:

- R. WANK, « Arbeitnehmer und Selbständige », thèse, 1988 ; voir résumé de cette thèse in *Der Betrieb* 1992, 90

- Landesarbeitsgericht, 30 juin 1996, publiée en *Entscheidungsammlungen zum Arbeitsrecht* § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff n° 29

INDEX ANALYTIQUE

A-

- absence** : 145, 310 à 315
- accident du travail** : 158
- actionnariat** :
 - individualisé : 266, 271 à 282, 274, 285
 - collectif : 288, 289, 296, 298
- activité** :
 - contrat d'activité : 630, 632 à 640, 656
 - activité dépendante : 697, 737 à 743, 747, 750, 754, 758, 761 à 772, 792, 791 à 793
- agent d'assurance** : 608 à 612, 776, 746, 747
- agent commercial** : 507, 602 à 607, 743, 776
- agriculture** : 417, 434, 477, 582, 617, 682
 - contrat d'intégration : 740, 715
- Allemagne** : 91 202, 389, 472, 541, 640
 - quasi-salarié allemand : 709, 710 à 715, 718, 721, 742
- arbitrage** : 769, 781
- architecte** : 692, 531
- artiste du spectacle** : 244, à 249, 254, 495, 496
- **astreinte** : 158, 164, 316 à 318, 340
- autonomie** : 160, 171, 172, 176, 178, 190, 203, 205, 206, 207, 218, 233, 253, 199, 300, 322, 325, 329 à 568, 723, 729, 783
 - cadre autonome : 74, 125, 142
- avantage en nature** : 231 à 234
- avocat** : 377, 529, 530, 531, 532, 612 à 615, 692

B-

- bonne foi** : 52, 214, 275, 350, 356, 462, 520, 724, 740, 758, 776
- brevet d'invention** : 238, 240

C-

- cadre autonome** : 74, 124, 142
- cadre dirigeant** : 66, 458, 464
 - comité de direction : 462
 - pouvoir de direction : 141, 179, 190, 216, 217, 220, 256, 275, 299, 313, 336, 342 et s., 443, 550, 720, 788
- cadre intégré** : 71, 81, 124
- cadre quasi-indépendant** : 163, 168, 169, 185, 191, 223, 199 et s. 404, 418, 448, 451, 458, 471, 668
- charte** :
 - charte durée du travail : 118
 - charte sociale européenne : 166, 167, 168, 341
 - charte de mobilité internationale : 382
 - chartes Internet : 388 à 392
 - chartes d'éthique : 393 et s.
 - charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : 446
 - charte égalité hommes : femmes : 454
- changement d'activités ou de statuts** : 593, 671, 672, 677, 683, 645, 695
- chômage** : 295, 659, 768, 784
- clause de mobilité** : 346, 350, 355 à 362
- clause de non-concurrence** : 261 et s., 606, 766, 777, 778
- code de conduite** : 398, 400, 401
- collaborateur coordonné et continu** (Co-Co-Co) : 698 à 708, 738
- collaborateur libéral** : 521, 530
 - contrat de collaboration de l'avocat : 613, 614
- compte épargne temps** : 70, 138, 145, 655
- conjoint salarié** : 488, 492 à 495
- conseil de prud'hommes** : 76, 417, 537
- contrat d'activité dépendante** : voir activité
- contrat de dépendance** : 777, 644
- contrat d'entreprise** : 228, 254, 499, 512, 521, 548, 560, 566, 578, 579, 676, 711, 720, 741 et s.

-contrat d'intégration : voir agriculteur

-convention collective :

convention collective nationale de retraite et de prévoyance (AGIRC): 18 et s.

Allemagne : 91

Rapport Supiot : 129

Clause de mobilité : 359, 361, 369

Journalistes : 482

Convention collective nationale du sport : 503

« Convention collective » des agents d'assurance : 212, 611, 746

Co- Co- Co : 708

Parasubordination (J. Barthelemy) : 734

Contrat d'activité dépendante : 746

-culture d'entreprise : 388 et s. 456, 474

-cumul d'activités : 580

pluriactivité : 578 à 587

-cumul contrat de travail- mandat social : 218, 219, 220

D-

-délégation de pouvoir : 99, 181 et s., 210, 214, 319

-déplacement professionnel : 155 et s., 305, 331, 354, 360, 369, 373, 421, 565

-diplôme : 24 et s., 417

-discrimination :

syndicales : 446 et s.

en raison du sexe : 451 et s.

par rapport au changement de statuts : 671, 681

OIT : 716

-donneur d'ordres : 293, 507, 517, 520

sous-traitance : 538

télétravail : 566 et s.

-droit de l'activité : 514, 629 et s.

-droit communautaire : 100 et s., 168, 315, 317, 318, 319, 320, 327, 368, 445, 601, 645, 724, 734, 790, 791, 792

-droit disciplinaire : 141, 361, 405, 419, 447, 487, 502, 550, 568, 692

-droit international : 106 et s.

-droits de tirages sociaux : 655, 688, 694, 784

cercles : 390, 435, 651, 657

-droit à l'image : 244, 246, 248

-droit d'expression : 457 et s.

-durée du travail : 54, 64 et s.
pluriactivité : 561, 578, 580

E

-élection

prud'hommes : 61 et s.
représentants du personnel : 134, 135

-entreprise de travail à temps partagé : 547 et s. 676

-essaimage : 519, 595 et s.

-expatrié : 364 et s., 381, 383

-expert : 425, 448, 777
expertise : 428, 531, 729, 761
groupe d'experts : 646 et s., 737, 790

-expert-comptable : 612, 682, 692

-externalisation : 542, 547, 597, 643, 715

F

-faute : 195 et s, 221, 311, 341, 355 et s, 403, 458, 463, 605, 771, 772

-femme : 321, 452 et s., 469

-financement : 504, 599, 636, 655, 689 et s., 692 et s, 735

-fiscalité : 268 et s., 292, 373, 680

-forfait jours : 124 et s, 139, 163, 167, 178, 323

-formation :

initiale : 4, 24 et s.
formation professionnelle : 306, 561, 593, 600, 633 et s, 684 et s, 755 et s

-franchise (contrat de franchise) : 480, 536 et s, 621 et s, 714, 741, 745

G

-gérant :

de succursales : 479 et s
mandataires : 521, 619 et s
salariés : 536 et s

-golden parachute : 256 et s

-grève : 371, 458, 611, 630, 735

-groupe de sociétés : 187, 188, 363 et s

-groupement d'employeurs : 553, 584 et s

H-

-harcèlement moral : 431 et s

-harcèlement sexuel : 709

-heures supplémentaires : 116, 166, 177

I

-implication des cadres : 112, 298, 307, 334, 387 et s, 412 et s

-inaliénabilité

options : 270, 277
déclaration d'inaliénabilité : 680

-indépendance technique : 729 et s, 755, 762

-indemnités de départ : 256 et s

de non- concurrence : 255, 261
licenciement : 313, 382
gérance : 537
arrêt maladie : 663

-intéressement : 265, 275, 288 et s.

-invention : 237 et s.

-ingénieur : 3, 21 et s., 112, 243, 393, 417, 572, 590

-insaisissabilité : 679

-Italie : 96, 541, 551, 575 et s., 724, 738, 742, 790

télétravail : 565 et s.
Co-Co-Co : 653, 698 et s.

J

-journaliste : 206, 393, 479, 482, 627, 712

L

-libertés : 326, 337, 341 et s, 385, 404, 457 et s, 655, 735

-licenciement : 175, 257, 275, 302 et s, 313, 355 et s, 369, 378 et s., 468, 688

-lien de subordination : 115 et s, 179 et s., 235, 299, 346, 329, 366, 465, 788 et s, 522 et s., 557, 614, 618, 625, 661, 676, 767, 787

-lieu de travail : 118, 146, 346 et s, 483, 531

-lobbying : 399, 418, 421, 423 et s.

-loyauté : 337, 430 et s., 759 et s.

M-

-maladie : 310 et s., 585, 605, 651, 659 et s., 705, 735, 757

-mandataire : 209, 602, 610

-mandataire social : 207, 211, 217 et s.

-mannequin : 244, 247 et s., 488, 495 et s.

-médecin : 374, 529 et s., 612, 630, 692

-médecine du travail : 310 et s., 668 et s.

-mission : 105, 142, 155 et s., 300 et s, 368 et s., 448, 487, 547 et s., 732, 737, 760 et s.
invention de mission : 237 et s.
hors mission : 240 et s.

-mobilité : voir clause de mobilité

-modification du contrat de travail : 347 et s.

N

-négociation : 341, 455 et s ;, 619 et s., 731 et s., 741 et s., 782, 793
temps de travail : 123 et s.,
rémunération : 227, 275
lobbying : 429
sport : 503

-non-salarié : 8, 481, 506 et s., 593 et s., 601 et s ;, 641, 666, 671, 678 et s., 768, 784

-**NTIC** : 243, 319, 328 et s., 472, 573, 578

O

-**objectifs** : 154 et s ; 206, 226 et s., 300 et s., 435, 445 et s., 460, 474, 558, 762, 788

-**options de souscription** : voir stock-options

P

-**patrimoine d'affectation** : 679, 732, 742

-**parasubordination** : 551, 575

 Italienne : 698

 Commission Européenne : 724

 CFDT : 728

 J. Barthélémy : 731 et s

-**participation** : 265, 275, 288 et s

-**perte de confiance** : 410, 460

-**plan d'épargne** : 288 et s

-**prime** : 226 et s, 250, 301, 373

-**portage salarial** : 545 et s.

-**pouvoir disciplinaire** : voir droit disciplinaire

-**présomption de salariat** : 484 et s

 non-salariat : 517

-**prévoyance** : 226 et s, 669 et s

 CCN des cadres de 1947 : 18 et s.

-**profession libérale** : 151, 609, 613 et s, 678, 723

-**protection sociale** : 367, 369, 373, 507 et s, 527, 567, 579, 607, 611, 633, 665, 681, 695

-**prud'hommes** : voir conseil de prud'hommes

Q

-**qualification** : 133, 176, 198, 237 et s., 344 et s, 453, 487, 548

-**quasi-salarié** (Arbeitnehmerähnliche Person) : 709 et s

R

- rémunération** : 27, 117, 223 et s.
- repos** : 316 et s, 573, 735, 761
- représentation** : 100 et s, 201 et s, 411 et s.
- responsabilité civile** : 195 et s., 445, 678, 767
- responsabilité pénale** : 181, 193 et s ;, 392
- retraite et prévoyance des cadres** : voir prévoyance
- risque professionnel** : 659 et s.
 - risque économique : 676 et s, 768, 778
 - risque maladie : 660 et s
 - risque vieillesse : 670 et s.

S

- salaire** : voir rémunération
- santé** : 168, 310 et s., 327, 333 et s, 342, 370, 437 et s., 651, 659 et s., 735, 755, 762, 790
- savoir-être** : 386 et s.
- société** (forme sociétaire) : 415 et s, 462, 495, 506, 512, 594, 598 et s., 672 et s ;, 702, 742
- sous-traitance** : 392, 512, 538, 634, 716, 730 et s., 745, 762, 690
- sportif professionnel** : 250 et s, 498 et s.
- stock-options** : 266 et s., 280 et s.
- subordination** : voir lien de subordination
- suivi médical** : voir médecine du travail
- surveillance** : 337, 374, 569
- syndicalisme** : 446 et s.

T

- télétravail** : 563
- temps de travail** : voir durée du travail

-transaction : 384

-transférabilité : 688

-transfert d'entreprise : 379

-travail à domicile : 570 et s

-travail à temps partiel : 321 et s, 581

-travailleur indépendant : 315, 330, 506 et s, 540 et s, 593 et s, 612, 677, 681, 715, 722 et s

V

-vie personnelle : 156, 319, 332 et s, 404 et s

-vie professionnelle : 169, 327 et s, 339 et s, 407, 401, 432, 573, 615, 616, 630, 744, 789

-VRP : 417, 481, 485 et s

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCTION | 1 |
| Section 1 : L'imprécision d'une notion longtemps occultée par la loi | 5 |
| I- L'apparition de la notion en dehors de la loi | 5 |
| A- Les origines | 5 |
| 1) L'historique | 5 |
| 2) Les arrêtés Croizat-Parodi | 7 |
| 3) La portée de la convention collective de retraite et de prévoyance des cadres | 9 |
| B- Les éléments d'une définition dans les normes conventionnelles | 11 |
| 1) Les éléments formels | 11 |
| 2) Les éléments indicateurs | 15 |
| II- La contribution de la jurisprudence à l'élaboration de la notion | 20 |
| A- Les critères déterminants | 20 |
| 1) L'utilisation courante de compétences de haut niveau | 20 |
| 2) L'exercice d'un pouvoir de commandement | 22 |
| 3) L'exercice de fonctions à responsabilité | 23 |
| 4) L'autonomie dans l'exercice des fonctions | 24 |
| B- Les critères complémentaires | 25 |
| 1) Le niveau de rémunération et de classification | 26 |
| 2) L'affiliation à la caisse de retraite complémentaire des cadres | 26 |
| 3) L'attribution de la qualité de cadre par la volonté des parties | 27 |
| Section 2 : L'affirmation de la notion dans la loi | 28 |
| I- L'imprécision textuelle de la notion | 29 |
| A- La carence du législateur et des références légales | 29 |
| B- La définition unique et fragmentaire, contenue dans le Code du travail | 30 |
| II - Les apports de la loi du 19 janvier 2000 | 32 |
| A- Les trois nouvelles catégories de cadres | 32 |
| 1) Les cadres dirigeants | 32 |
| 2) Les cadres intégrés à une collectivité de travail | 35 |
| 3) Les cadres autonomes | 38 |
| B- La mise en application de la nouvelle classification légale | 40 |
| Section 3 : La place de la notion en droit comparé | 45 |
| I- Le cadre dans le droit communautaire | 48 |
| A- La représentation du cadre auprès des autorités européennes | 48 |
| A- Les éléments empruntés aux fonctions, aux responsabilités, aux compétences | 49 |
| II - Le cadre dans le droit international | 50 |
| A- La définition de l'Organisation Internationale du Travail | 50 |
| B- La reprise des critères communautaires | 51 |
| PREMIERE PARTIE : L'INADAPTATION CROISSANTE DU DROIT DU TRAVAIL AUX CADRES DU XXI^{ème} siècle | 56 |
| Titre 1 : Le contrat de travail classique : une incongruité pour les cadres quasi-indépendants | 56 |
| Chapitre 1-Les cadres quasi-indépendants et la nouvelle organisation des entreprises | 56 |

| | |
|--|-----|
| Section 1 : Le cadre dispose de plus en plus de libertés | 57 |
| I- Dans la gestion du temps de travail | 57 |
| A- La pratique des conventions de forfait | 60 |
| 1) Les cadres concernés | 60 |
| a- Les forfaits en jours instaurés par la Loi Aubry | 60 |
| b- La position jurisprudentielle | 63 |
| 2) L'apport des lois récentes sur le champ d'application des forfaits | 65 |
| a- La loi Fillon du 17/01/03 | 65 |
| b- La loi sur le dialogue social du 4/05/04 | 70 |
| c- Les lois de 2005 | 71 |
| B- L'importance de la charge de travail | 72 |
| 1) L'évolution du concept de temps | 72 |
| 2) Les avancées de la réduction du temps de travail | 73 |
| a- Les avancées théoriques | 74 |
| b- Les répercussions pratiques | 75 |
| II- Dans la planification de ses tâches | 78 |
| A- Du temps de travail au temps de mission | 78 |
| 1) Les temps de trajet | 80 |
| a- Les imprécisions du droit positif | 80 |
| b- La clarification du concept avec la loi du 18/ 01/ 1005 | 83 |
| 2) Le repos hebdomadaire et la durée maximale du travail : | |
| la position du droit européen | 84 |
| B- Du contrôle quotidien aux bilans périodiques | 87 |
| 1) Les causes sociologiques | 87 |
| 2) La consécration du changement | 88 |
| Section 2 : Le cadre participe au pouvoir de direction | 90 |
| I- La délégation de pouvoir à l'intérieur de l'entreprise | 90 |
| A- La délégation, reconnaissance de la position hiérarchique du cadre | 91 |
| 1) Les conditions de validité : une délégation avérée | 92 |
| 2) Les conditions requises par la jurisprudence | 93 |
| B- Les effets de la délégation : une quasi assimilation à l'employeur | 97 |
| 1) Le transfert de la responsabilité pénale | 97 |
| 2) La responsabilité professionnelle à l'égard des tiers : un critère de reconnaissance du lien de subordination | 97 |
| a- Dans le strict cadre de ses fonctions | 98 |
| b- En excédant les limites de ses fonctions | 99 |
| II- La représentation de l'entreprise vis-à-vis du monde extérieur | 100 |
| A- Le pouvoir du cadre salarié d'engager son entreprise | 102 |
| 1) Les pouvoirs résultant de l'indépendance technique du cadre | 102 |
| 2) Les pouvoirs supplémentaires conférés au cadre par mandats | 106 |
| a- Les mandats simples | 106 |
| b- Les mandats réglementés | 107 |
| B- Le statut particulier du cadre cumulant contrat de travail et fonction sociétaire | 109 |

| | |
|--|------------|
| 1) Les conditions du cumul | 110 |
| a- Le caractère effectif du contrat | 110 |
| b- Le maintien d'un état de subordination | 111 |
| 2) Les conséquences du cumul en matière de responsabilité | 112 |
| Chapitre 2- Les cadres quasi-indépendants et les nouvelles techniques de rémunération | 113 |
| Section 1 : L'abandon du salaire classique | 114 |
| I- La tendance générale vers l'individualisation des salaires | 116 |
| A- La recherche de la rémunération variable | 116 |
| 1) Les origines | 116 |
| 2) Les mécanismes utilisés dans l'entreprise | 118 |
| B- La multiplication des primes et des avantages en nature | 119 |
| 1) Les primes | 120 |
| 2) Les avantages en nature | 121 |
| II- La diversification des rémunérations | 124 |
| A- Les rémunérations atypiques en cours de contrat | 125 |
| 1) La rémunération des inventions des cadres | 126 |
| a- Les inventions de mission | 127 |
| b- Les inventions hors mission | 128 |
| 2) La rémunération du droit à l'image | 131 |
| a- Les artistes du spectacle | 131 |
| b- Les mannequins | 132 |
| c- Les sportifs professionnels | 134 |
| B- Les rémunérations atypiques à la rupture du contrat | 137 |
| 1) Les avantages financiers liés au départ | 137 |
| a- Les clauses « parachutes » | 137 |
| b- Les retraites « chapeau » | 139 |
| 2) Les indemnités de non-concurrence | 140 |
| Section 2 : Les systèmes d'accès à l'actionnariat | 143 |
| I- Les systèmes individualisés | 145 |
| A- Le système le plus ancien : les options de souscription et d'achat | 145 |
| 1) Stock-options et droit des sociétés | 146 |
| a- L'émission des options | 146 |
| b- La levée des options | 147 |
| 2) Stock-options et droit du travail | 148 |
| a- Les connexions avec le droit du travail | 148 |
| b- L'autonomie du système au sein de l'environnement juridique de la relation de travail | 150 |
| B- Les systèmes récents | 156 |
| 1) Les BSPCE | 156 |
| 2) L'attribution d'actions gratuites | 158 |
| II- Les systèmes collectifs | 159 |

| | |
|--|------------|
| A- La participation et l'intéressement | 160 |
| 1) La répartition des produits | 161 |
| 2) L'utilisation des produits | 161 |
| B- Les Plans d'Epargne d'Entreprise : PEE | 162 |
| 1) Le PEE | 162 |
| 2) Le PPESVR OU PERCO | 163 |
| Titre 2 – La protection du droit du travail : une illusion pour les cadres quasi-indépendants | 166 |
| Chapitre 1- Les contraintes organisationnelles dans l'exercice des fonctions | 166 |
| Section 1 : La nécessité d'une adaptabilité dans le temps | 166 |
| I- La souplesse dans la gestion de travail : une liberté trompeuse | 166 |
| A- Les contraintes liées aux pratiques modernes du management | 166 |
| 1) La recherche de la performance et son corollaire, le stress | 166 |
| a- Les clauses d'objectifs | 168 |
| b- Les nouvelles techniques d'évaluation | 170 |
| 2) La problématique des absences chez les cadres quasi-indépendants | 173 |
| a- Les absences prolongées | 174 |
| b- Les absences répétées | 187 |
| B- La difficulté à organiser le temps de repos | 178 |
| 1) La spécificité des astreintes | 178 |
| a- L'influence du droit communautaire | 180 |
| b- Les réflexions de la doctrine sur le repos | 181 |
| 2) L'utopie d'un temps partiel pour le cadre | 182 |
| II- L'apport des NTIC : un progrès source de dangers | 186 |
| A- Les contraintes créés par les NTIC | 187 |
| 1) Les risques encourus par les salariés | 188 |
| a- L'immixtion du travail dans la vie privée | 188 |
| b- L'atteinte à la santé psychique et physique | 189 |
| 2) Les risques encourus par les entreprises | 190 |
| B- Les premières réponses juridiques du droit positif | 191 |
| 1) Les dispositions légales et jurisprudentielles | 191 |
| a- L'œuvre de la loi | 192 |
| b- L'apport de la jurisprudence | 194 |
| 2) Les dispositifs conventionnels visant à délimiter les effets des NTIC | 195 |
| a- Les Chartes Internet | 195 |
| b- La négociation d'entreprise | 196 |
| Section 2 : La nécessité d'une adaptabilité dans l'espace | 198 |
| I- La mobilité, une exigence courante dans la relation de travail | 199 |
| A- Le changement de lieu et ses conséquences sur le contrat de travail | 199 |
| 1) La distinction entre modification du contrat de travail et des conditions de travail | 199 |

| | |
|--|----------------|
| 2) Les conséquences du refus du changement du lieu du travail | 204 |
| B- La clause de mobilité et ses conséquences sur le contrat de travail | 206 |
| 1) Définition et conditions de validité | 206 |
| 2) Contenu et portée de la clause | 207 |
| II- La mobilité : une qualité indispensable au sein d'un groupe de société | 209 |
| A- La mobilité résultant de la politique de gestion de ressources humaines | 210 |
| 1) Les difficultés juridiques de l'expatriation | 210 |
| 2) Les difficultés « psychologiques » de réadaptation | 214 |
| B- La mobilité liée à des modifications structurelles | 216 |
| 1) Les transferts d'entreprise et les restructurations | 216 |
| 2) Les aléas de l'expatriation renforcés par les restructurations | 217 |
| Chapitre 2- Les contraintes psychologiques dans l'exercice des fonctions | 219 |
| Section 1 : La nécessité d'une symbiose avec l'entreprise | 220 |
| I- L'adhésion nécessaire à la culture interne d'entreprise | 220 |
| A- L'importance de la culture d'entreprise | 221 |
| 1) Les chartes d'éthiques | 223 |
| a-La charte de valeurs édictée unilatéralement par l'entreprise | 224 |
| b-La charte soumise à l'avis des représentants du personnel | 225 |
| c- La charte proposée à la signature des salariés | 225 |
| 2) L'apparition des codes de conduite | 225 |
| B- Le poids du pouvoir normatif sur le cadre | 227 |
| 1) Des restrictions aisément justifiables | 227 |
| 2) Des restrictions empiétant sur la vie personnelle du cadre | 228 |
| II- L'implication souhaitée dans la stratégie externe de l'entreprise | 232 |
| A- Le cadre dans la stratégie de représentation | 232 |
| 1) Le cadre représentant l'entreprise | 232 |
| a- Les tribunaux de commerce | 232 |
| b- La commission départementale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaire | 233 |
| 2) Le cadre représentant l'employeur | 234 |
| a- Le tribunal des affaires de Sécurité Sociale | 234 |
| b- Le conseil de prud'hommes | 234 |
| B- Le cadre dans la stratégie d'influence | 236 |
| 1) Les mandats politiques | 236 |
| a- Les chambres de commerce et d'industrie | 236 |
| b- Les organisations patronales | 237 |
| 2) Le lobbying | 238 |
| a- Les fondements et la définition | 238 |
| b- Le rôle des cadres quasi-indépendants | 240 |
| Section 2 : La nécessité d'une protection des droits fondamentaux | 244 |

| | |
|---|------------|
| I- Les risques de harcèlement moral | 244 |
| A- Les causes de l'apparition du concept chez le cadre | 245 |
| 1) La position du cadre : source de harcèlement moral | 245 |
| 2) Le contexte social | 246 |
| B- Les tentatives d'une définition | 247 |
| 1) Les éléments constitutifs : le profil du harceleur et du harcelé | 249 |
| 2) L'apport de la jurisprudence | 251 |
| II- Les risques d'atteinte aux droits des personnes et les discriminations | 253 |
| A- Les discriminations les plus courantes applicables au cadre | 254 |
| 1) Les discriminations syndicales | 254 |
| 2) Les discriminations en raison du sexe | 257 |
| B- Les restrictions sur les libertés individuelles | 261 |
| 1) La liberté d'expression et le droit d'expression | 261 |
| a- Le droit d'expression et le droit de grève | 261 |
| b- La liberté d'expression | 262 |
| 2) La liberté de comportement | 266 |
| a- La liberté de se vêtir | 266 |
| b- La liberté de religion | 269 |
| Conclusion de la première partie | 271 |
| DEUXIEME PARTIE : LA CONSTRUCTION NECESSAIRE D'UN REGIME JURIDIQUE | 273 |
| Titre 1 L'état des lieux du droit positif | 273 |
| Chapitre 1-L'expansionnisme du droit du travail | 274 |
| Section 1- Les présomptions légales de salariat | 275 |
| I- Le salariat par statut légal | 276 |
| A- Les assimilations partielles | 276 |
| 1) Les gérants de succursale : la situation la plus « originale » | 276 |
| a- Les gérants salariés de l'article L. 781-1 du Code du travail | 276 |
| b- Les gérants « atypiques » de l'article L. 782-1 du Code du travail | 277 |
| 2) Les journalistes professionnels et les VRP : la reconnaissance d'un statut | 278 |
| a- Les journalistes | 278 |
| b- Les VRP | 280 |
| B- Les assimilations plénières | 283 |
| 1) Les travailleurs à domicile et les conjoints salariés | 283 |
| a- Les travailleurs à domicile | 283 |
| b- Les conjoints salariés | 285 |
| 2) Les artistes, les mannequins et les sportifs professionnels | 287 |
| a- Les artistes et les mannequins | 288 |
| b- Les sportifs professionnels | 289 |
| II- Les avatars de la présomption créée par la Loi MADELIN | 294 |
| A- La portée de la Loi Madelin du 11/02/1994 | 294 |
| 1) L'espoir d'un essor du travail indépendant | 294 |

| | |
|---|------------|
| 2) La résistance de la jurisprudence | 297 |
| B- L'influence des changements politiques | 299 |
| 1) L'abrogation de la présomption de non-salariat | 299 |
| 2) Le retour de la présomption de non-salariat | 301 |
| Section 2- Une extension manifeste de la notion de lien de subordination | 302 |
| I- La subordination et la jurisprudence | 303 |
| A- Les thèses utilisées | 303 |
| 1) La dépendance économique : un élément insuffisant | 304 |
| 2) La subordination juridique : un élément incontournable | 305 |
| B- L'aménagement de la subordination pour les personnes hautement qualifiées | 306 |
| 1) La requalification en contrats de travail, d'activités dont l'exercice requiert généralement une large autonomie | 307 |
| a- Les avocats | 308 |
| b- Les médecins et les membres du corps médical | 309 |
| 2) La requalification en contrats de travail, de contrats d'entreprise | 310 |
| II- La subordination et le portage salarial | 314 |
| A- Les caractéristiques du portage | 315 |
| 1) L'ambivalence contractuelle du portage | 317 |
| a- Les rapports entre l'entreprise cliente et la société de portage : le contrat d'entreprise | 317 |
| b- Les rapports entre le salarié porté et la société de portage : le contrat de travail | 318 |
| 2) L'atypisme juridique du travail à temps partagé | 318 |
| a- Aux regards des critères généraux du contrat de travail | 318 |
| b- Au regard des présomptions légales | 319 |
| B- Le portage et le droit du travail | 319 |
| 1) Les problèmes soulevés | 320 |
| 2) Les réponses récentes | 322 |
| Chapitre 2- Les signes d'une évolution | 324 |
| Section 1 – Les prémisses d'une cohabitation entre salariat et non-salariat | 325 |
| I- Les nouvelles formes de travail remettent en cause le clivage traditionnel | 326 |
| A- Le télétravail | 326 |
| 1) L'approche analytique | 327 |
| a- Les éléments de définition | 327 |
| b- Le cadre juridique de la prestation de travail | 329 |
| 2) L'approche prospective | 332 |
| B- La pluriactivité | 335 |
| 1) Le cumul d'emplois | 335 |
| a- La pluriactivité dans un cadre « mixte » | 336 |
| b- La pluriactivité dans un cadre exclusivement salarial | 336 |

| | |
|--|------------|
| 2) Les groupements d'employeurs | 338 |
| a- Le régime juridique | 338 |
| b- Le poids économique | 341 |
| II- Le législateur facilite le changement de statut | 344 |
| A- Le soutien à la création d'entreprises par des salariés | 344 |
| 1) Les dispositifs légaux | 345 |
| a- La loi du 12/07/1999 sur l'Innovation et la Recherche | 345 |
| b- La loi du 1/08/2003 pour l'initiative économique | 346 |
| 2) L'essaimage | 346 |
| B- Le soutien à la transmission vers les salariés | 348 |
| 1) L'accompagnement fiscal et financier | 349 |
| 2) L'assistance à la gestion | 349 |
| Section 2 : L'amorce d'une organisation des professions non-salariées | 350 |
| I- Dans le secteur civil | 350 |
| A- Les agents mandataires | 351 |
| 1) Les agents commerciaux | 351 |
| 2) Les agents généraux d'assurance | 354 |
| B- Les contrats de collaboration des avocats et des professionnels libéraux | 357 |
| 1) Le contrat de collaboration issu de l'usage | 357 |
| 2) Le contrat de collaboration issu de la loi | 358 |
| II- Dans le secteur commercial | 360 |
| A- Les gérants-mandataires | 362 |
| 1) Une organisation ancienne | 362 |
| 2) Les apports législatifs récents | 363 |
| B- Les franchisés | 363 |
| 1) Le contenu du contrat de franchise | 364 |
| 2) L'amorce d'une évolution de la franchise | 365 |
| TITRE 2 – Les avancées possibles | 368 |
| Chapitre 1- L'instauration d'un Droit de l'activité lucrative | 368 |
| Section 1 : Les sources du Droit de l'activité | 369 |
| I- Les prémisses doctrinales | 369 |
| A- Du Droit du travail au Droit de l'activité professionnelle | 369 |
| 1) L'analyse prémonitoire de P. DURAND | 369 |
| a- Dans les rapports collectifs | 369 |
| b- Dans le Droit de la Sécurité Sociale | 370 |
| c- Dans les rapports individuels de travail | 370 |
| 2) Le contrat d'activité : le rapport BOISSONAT | 371 |
| a- Les idées-forces | 371 |
| b- Les limites du contrat d'activité | 373 |
| B- Les opinions doctrinales sur la recherche d'un statut de l'actif | 374 |

| | |
|---|----------------|
| 1) Les réactions sur la proposition du contrat d'activité | 374 |
| 2) Les autres courants doctrinaux sur le devenir du Droit du travail traditionnel | 376 |
| II- Les travaux de la Commission Européenne : le Rapport SUPLOT de 1999 | 378 |
| A- Les principes fondateurs d'un statut homogène du travailleur | 378 |
| 1) Les orientations générales | 379 |
| 2) Les orientations en matière de négociation collective | 373 |
| B- L'élaboration du statut | 383 |
| 1) Les fondements théoriques : les « cercles » et les « droits de tirage sociaux » | 383 |
| 2) La problématique d'une mise en œuvre | 385 |
| Section 2- Les finalités du droit de l'activité | 387 |
| I- Assurer la sécurité du travailleur | 388 |
| A- La garantie du risque maladie | 389 |
| 1) Les régimes d'assurance | 389 |
| a- La diversité historique | 389 |
| b- La marche vers l'harmonisation | 391 |
| 2) Le suivi médical de l'actif | 392 |
| B- La garantie du risque vieillesse et prévoyance | 394 |
| 1) Les régimes obligatoires | 394 |
| 2) L'épargne retraite | 395 |
| II- Favoriser la mobilité professionnelle et statutaire | 397 |
| A- L'harmonisation des statuts juridiques et fiscaux | 398 |
| 1) Les verrous juridiques | 399 |
| 2) Les verrous fiscaux | 400 |
| B- Le droit à la formation continue | 402 |
| 1) Les dispositifs de formation professionnelle pour les salariés | 403 |
| 2) Les dispositifs pour la formation des non-salariés | 405 |
| a- Les commerçants | 406 |
| b- Les professions libérales | 406 |
| Chapitre 2 : La création d'un contrat « d'activité dépendante » | 409 |
| Section 1- Les origines | 410 |
| I- Les exemples étrangers de l'Italie et de l'Allemagne | 410 |
| A) La « parasubordination » Italienne | 410 |
| 1) Le régime du contrat de « collaboration coordonnée et continue » | 410 |
| a- Le champ d'application | 410 |
| b- Le régime spécifique de protection sociale et fiscale | 413 |
| 2) L'avenir incertain des Co-Co-Co | 415 |
| B) Le « quasi-salarié » allemand | 416 |
| 1) La reconnaissance de ses droits | 417 |
| 2) Les droits en matière de relations collectives | 418 |

| | |
|--|----------------|
| II- Les idées développées par la doctrine | 422 |
| A- Le rapport de la Commission Européenne du 11 septembre 2003 : | |
| A. PERULLI | 422 |
| 1) Les analogies entre travail parasubordonné et travail salarié | 422 |
| 2) Les propositions du Droit communautaire | 424 |
| a- Les lacunes du système | 424 |
| b- Les propositions les plus adéquates pour le parasubordonné | 425 |
| B- Le statut du professionnel parasubordonné esquissé | |
| par J. BARTHELEMY | 425 |
| 1) La nécessaire adaptation du Droit positif à la « civilisation du savoir » | 427 |
| 2) L'ingénierie juridique au service de la parasubordination | 428 |
| a- Le champ d'application | 428 |
| b- La méthodologie | 429 |
| Section 2- L'architecture du contrat | 431 |
| I- La formation et l'exécution du contrat | 435 |
| A- La conclusion du contrat et la liberté de négociation | 435 |
| 1) Les acteurs de la négociation | 435 |
| a- Les parties au contrat | 436 |
| b- Les organisations professionnelles | 437 |
| 2) Les outils de l'équilibre contractuel | 441 |
| a- L'information pré-contractuelle | 441 |
| b- Le contenu du contrat | 442 |
| B- L'exécution du contrat et le principe de loyauté | 445 |
| 1) La collaboration entre les parties | 446 |
| a- Le contenu de la collaboration | 446 |
| b- Les limites de la collaboration | 447 |
| 2) Les prérogatives et les contraintes de l'actif dépendant | 448 |
| a- Les prérogatives de l'actif dépendant | 448 |
| b- Les contraintes de l'actif dépendant | 449 |
| II- La rupture du contrat et ses conséquences | 451 |
| A- Les conditions et les modalités de la rupture | 452 |
| 1) Les hypothèses de cessation des relations contractuelles | 452 |
| a- La rupture du contrat d'activité dépendante à durée déterminée | 452 |
| b- La rupture du contrat d'activité dépendante à durée indéterminée | 453 |
| 2) Les modalités de la rupture | 455 |
| a- L'obligation d'information | 455 |
| b- Le respect d'un délai de préavis | 455 |
| B- Les conséquences de la rupture | 456 |
| 1) L'indemnisation de l'actif dépendant | 456 |
| a- La rupture abusive | 457 |
| b- La non-concurrence et la propriété intellectuelle | 458 |
| 2) Le contentieux de la rupture | 459 |
| Conclusion de la deuxième partie | 461 |

| | |
|----------------------------|------------|
| CONCLUSION GENERALE | 463 |
| BIBLIOGRAPHIE | 465 |
| INDEX ANALYTIQUE | 504 |
| ANNEXES | 513 |
| TABLES DES MATIERES | 533 |